

Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito



«Federalismo Judicial Europeu. Que Futuro?»

Daniel Alexandre Machado Gomes de Sousa

Dissertação de Mestrado em Direito Internacional e Relações
Internacionais, Orientador:

Professor Doutor Pedro Caridade de Freitas

Lisboa, 2 de Março de 2016

OBSERVAÇÕES

Cremos que é no poder judicial que se reúnem as principais virtudes dos países e das democracias e que a construção da paz perpétua entre nações fár-se-á também através de um poder judicial legítimo, eficaz e justo. Como tal, a abordagem e o método de análise que procuramos efetuar é distinto e claramente jurisprudencial. Por isso relevámos e estudámos os casos de jurisprudência que, naturalmente, são a chave para a compreensão do tema tratado. A legislação e a doutrina surgem aqui como companheiros menores no percurso a efetuar.

Isto também porque decorrem da *praxis* judiciária as necessidades de resposta concreta do sistema de normas aos “*pedaços de vida*” que os processos judiciais representam. Daí o poder afirmar-se que, «(...) a doutrina, adquirida nos lugares em que se constrói o conhecimento, não deverá, por meras razões de ordem categorial, sobrepor-se à jurisprudência como fonte de direito. O fascínio pela opinião publicada é, em certos sentidos, a doença infantil de alguns sistemas de justiça. Qualquer obscuro técnico de leis passa a ser citável para motivar uma decisão judicial, desde que um seu escrito apareça nos escaparates das livrarias» ¹.

Acreditamos no mesmo e, como tal, promovemos a jurisprudência para primeiro plano. Não vemos tal facto como um defeito, mas sim como uma característica chave da nossa tese. Esta envolvimento torna a nossa tese particular. Não melhor, peculiar, o que se assume como característica procurada.

Os acordãos dos casos americanos foram obtidos em Findlaw.com

Por simplicidade e por ser mais incisivo os casos escolhidos da jurisprudência norte americana foram, na sua grande maioria, retirados do Supremo Federal Americano e não dos Supremos Tribunais Estaduais.

Quando nos referimos ao Supremo Tribunal Federal Americano utilizaremos a expressão “*Supreme Court*”. Na eventualidade de se abordar um caso de um tribunal estadual referir-nos-emos a ele fazendo essa distinção, enunciando o seu nome completo, como por exemplo Supremo Tribunal Estadual do Estado X.

Não estão nesta tese todos os casos julgados pelo “*Supreme Court*” ou por outros tribunais. Estão aqueles que consideramos relevantes para cada assunto. É-nos impossível referir e abordar todos os “*case study*” de uma jurisprudência com mais de duzentos anos.

¹ - José Cunha Rodrigues, antigo Conselheiro português, foi juiz Presidente da Segunda Secção no Tribunal de Justiça da União Europeia e em *Justiça Nacional Justiça Europeia*, Org. Eduardo Paz Ferreira, Almedina, Abril de 2011 pág. 28.

As decisões dos tribunais americanos desenvolvem, por norma, mais do que um tema. Logo, uma decisão poderá ter abordado dois ou mais temas que estão presentes na tese. Um exemplo disso é o caso *Marbury Vs Madison*. Por simplicidade e maior diversidade de litígios procurou-se limitar cada caso a um tema e não usar esse mesmo caso em dois ou mais temas, a não ser que tal não seja possível.

Os casos de jurisprudência americanos são citados de uma forma especial, a qual é necessário explicar. Tomando como exemplo o caso:

United States v. Belmont, 301 U.S. 324.

A primeira parte, United States, corresponde à parte requerente. Vs (versus). A segunda parte, Belmont, a requerida. O primeiro número, equivale ao número do volume em causa onde este caso se encontra. O US, United States, ou United States Reports, é a entidade que compila os volumes do “*Supreme Court*”. O segundo número indica a primeira página do caso em questão nesse volume.

Assim: 301 U.S. 324 corresponde simultaneamente ao caso e à 1ª pag do caso no volume em questão. Nesta situação não tivemos cuidados especiais.

301 U.S. 324, 325 significa a página 325 do volume em questão, que corresponde à segunda página do caso em si. Nesta situação para evitar potenciais confusões, sublinhou-se a página em questão. 301 U.S. 324, 326. Significa a página 326 do volume referido, que corresponde à terceira página do caso em si. Assim sucessivamente.

No fundamental livro “*O Federalista*”, quando indicamos o número de um paper/artigo, seguimos a numeração da edição Mclean e não a dos jornais.

Os acordãos das decisões para os casos europeus foram obtidos em [EUR-Lex.Europa](#)

Não estão nesta tese todos os casos julgados pelo Tribunal de Justiça da União Europeia sobre os temas analisados. Nem todos os casos que abordam cada tema, estão presentes apenas aqueles que consideramos relevantes para cada tema.

Sempre que possível preferimos a versão portuguesa e, na sua impossibilidade, a inglesa.

Os casos de jurisprudência do TJUE seguem uma construção parecida à americana. Por exemplo:

Sabine von Colson and Elisabeth Kamann VS Land Nordrhein-Westfalen Processo 14/1983

Sendo requerente Sabine von Colson and Elisabeth Kamann. Vs (versus), requerida Land Nordrhein-Westfalen. Processo nº 14 de 1983.

Quando quisermos indicar o parágrafo de um caso, recorreremos ao símbolo § ou então Par.

INTRODUÇÃO

Somos federalistas, acreditamos que é possível unir a Europa através de um projeto federal.

Mas o que é o federalismo? Que pensadores ao longo da história abordaram o federalismo? Esta tese apresentará de forma sucinta os diferentes projetos federais que ao longo dos séculos foram sendo divulgados. Filósofos de diferentes nacionalidades procuraram criar um projeto que pudesse unir as nações. Todos eles tinham ideias filosóficas e bases de partida distintas. Não queremos ser exaustivos a apresentar todos os projetos filosóficos.

Porém não nos basta isso, é preciso mais. Que país aplicou o federalismo de forma mais consistente? Que nação incorporou o que de mais nobre tem o federalismo? Várias federações foram criadas ao longo da história, mas todas elas acabaram por soçobrar. Qual é aquela que perdura, aquela que nos pode garantir a nós europeus um exemplo a seguir? Os EUA...

Tornou-se claro para nós que era necessário aprofundar a experiência americana, conhecer um pouco da sua história e as características do seu federalismo sem preocupações de explorar por exemplo, as especificidades da revolução americana. Como a nossa base são os EUA não quisemos conhecer outro tipo de federalismo que não o americano, nem sequer compará-lo com outros sistemas federais, só este nos interessa, logo, nunca foi nossa pretensão observar por exemplo o federalismo alemão.

O federalismo foi uma solução prontamente adotada? Nos EUA, houve um amplo debate entre dois movimentos opostos sobre o futuro dos estados numa federação, os federalistas e anti-federalistas.

Ao estudarmos o federalismo americano reparámos numa peculiaridade fundamental, a importância do poder judicial. Serão os EUA um federalismo judicial? Exploraremos o que torna este poder tão distinto nos EUA, não sondaremos os outros poderes (legislativo e executivo) a fundo, mas apenas abordaremos de forma isolada o poder judicial e compreenderemos a sua influência na sociedade, na democracia americana, nos estados federados.

Perante a constatação de que o federalismo americano é um federalismo judicial, analisaremos as decisões judiciais americanas que em nosso entender mais relevo tiveram na afirmação desse poder. Por isso os vários temas tratados, os temas que permitiram a afirmação desse poder.

Desde logo as áreas do poder judicial, nomeadamente a sua estrutura, a sua organização, os seus controlos para lhe captar as suas características, a sua essência.

Será que o “*Supreme Court*” tem um papel relevante? Ambicionamos compreender nele o que fez do exemplo americano uma singularidade.

Depois procurámos, de forma muito sucinta, saber que países se inspiraram no federalismo americano e na sua organização judicial. O nosso trabalho procurará demonstrar que a influência americana é de tal forma marcante, que se tornou num modelo de exportação para outros países do mundo. A pesquisa que realizámos não tem por fim ser exaustiva, limitámo-nos a apresentar alguns exemplos.

Será que alguém já desejou este federalismo aplicado na Europa? Existe algum autor que reparou e tencionou emular o federalismo americano? Apresentaremos de forma concisa os vários autores europeus que desejaram o federalismo político aplicado na Europa antes da constituição das Comunidades Europeias. Não temos o objetivo de apresentar todos os autores que advogavam uma solução federalista para a Europa.

Verificámos que o projeto político federal europeu se encontra congelado. Evitaremos de forma consciente os temas da Constituição Europeia, dos Tratados Europeus e dos embates entre Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) e os Tribunais Constitucionais estaduais. São temas que não pretendemos debater devido à sua dimensão e extravasam o objetivo desta tese.

Tal como nos EUA, haverá na Europa defensores do federalismo e contra o federalismo? Haverá um paralelismo de situações entre o que foram os EUA antes de serem uma federação e a atual União Europeia que não é uma federação? Limitámo-nos a resumir as principais posições federalistas e eurocéticas. Não queremos entrar no debate sobre o que é União Europeia, se uma confederação, se uma federação, se um caso “*sui generis*”². Sabemos que não é uma federação e assumimos de forma natural que será uma das outras duas hipóteses. Desde o início que a nossa tese partiu dessa posição.

² - Sobre a diferença entre uma federação e confederação remeto para págs 380, 381, 387 e 388 de Joaquim Moreira da Silva Cunha e Maria da Assunção do Vale Pereira, *Manual de Direito Internacional Público*, 2ª Edição, Livraria Almedina, Janeiro de 2004. Vide págs 520 e 521 de Jorge Bacelar Gouveia, *Manual de Direito Internacional Público*, 3ª Edição, Edições Almedina, 2008. Cfr pág 195 e 196 de Jorge Miranda, *Curso de Direito Internacional Público*, 5ª Edição, Principia 2012. Vide pág 183 a 187 de A. Marques Guedes, *Direito Internacional Público*, Lições do Professor Doutor, ao curso do 4º ano jurídico em 1981-82, Faculdade de Direito de Lisboa, 1982. Cfr págs 352, 353 e 367 e 368 de André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros, *Manual de Direito Internacional Público*, 3ª Edição, Livraria Almedina Coimbra, 1993. Sobre uma comparação dos elementos federalistas e elementos confederalistas presentes na União Europeia remeto para Paulo Pitta e Cunha, «O Tratado Reformador e a Constituição Europeia», *Revista de Estudos Europeus*, Ano II - Nº3, Almedina, Janeiro-Julho de 2008, pág 101 e 102. Professor Marcello Caetano, *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, 6ª Edição, Tomo I, Livraria Almedina Coimbra. 1983, pág 134. Partilha da nossa posição que a UE não é uma federação João Mota de Campos e João Luis Mota de Campos e António Pinto Pereira, *Manual de Direito Europeu*, 1ª Edição, Coimbra Editora SA, Fevereiro de 2014, pág 362. Sobre a União Europeia como modelo Pós-Confederal, remeto para Lourenço Vilhena de Freitas, *O Modelo Jurídico- Institucional da União Europeia, Aproximação a um Modelo Pós-Confederal*, Relatório de Mestrado da Disciplina de Direito Comunitário Institucional, Regência: Prof. Doutor Fausto de Quadros, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Dezembro de 2000. Sobre a UE «ultrapassar o nível da confederação, mas não atingir o da federação.» remeto para pág 41 de Paulo Pitta e Cunha, *Direito Europeu, Instituições e Políticas da*

E o poder judicial europeu? Como se comporta? Há desejos de federalismo? Qual é a estrutura judicial da União Europeia? Que papel tem o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)? Para responder a estas questões, estudámos algumas decisões do TJUE, a sua história e características. Haverá semelhanças com o “*Supreme Court*”? Trataremos do papel do TJUE e da estrutura judicial comunitária, faremos uma pequena abordagem ao reenvio prejudicial como parte integrante dessa estrutura, sem termos preocupações de desenvolvê-lo de forma exaustiva.

Não falaremos do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), nem queremos entrar na disputa do primado do direito comunitário sobre o seu posicionamento se supra estadual ou se supra constitucional.

Será que a jurisprudência do TJUE tem algum propósito especial? Notámos que o TJUE tem tido uma posição criativa nas suas decisões.

Esta constatação conduz-nos a concluir que o essencial não é examinarmos os princípios comunitários, mas sim o posicionamento judicial quanto a esses princípios. Não obstante, analisaremos alguns princípios comunitários que consideramos pertinentes desenvolvendo-os sucintamente e de forma jurisprudencial. Mas não todos, pelo que nos limitaremos a enumerá-los. Não procurámos, por exemplo, conhecer o impacto do efeito direto.

A estrutura judicial europeia é a mais adequada? Serão apresentados alguns problemas da presente estrutura comunitária e proporemos soluções defensáveis para a mesma.

Haverá uma alternativa para construir um projeto federal europeu veiculando o caminho do poder judicial em vez da iniciativa política? Que ideias podemos retirar do federalismo judicial americano e aplicar na Europa? Esta tese visará demonstrar que o estudo do federalismo judicial americano poderá ajudar a Europa a construir um federalismo judicial mais completo e justo. Esta tese defenderá a ideia de que adotando algumas medidas da experiência americana, podemos construir um poder judicial europeu diferente. Um Federalismo Judicial Europeu. O fortalecimento do poder judicial europeu é desejável numa Europa que pretendemos federal.

Poderá o federalismo judicial americano ajudar a conduzir ao federalismo europeu? A tese baseia-se na ideia chave de que reforçando o federalismo judicial unir-se-ão as nações europeias e que essa é uma via que poderá conduzir posteriormente, a uma maior integração política, a melhor via para uma paz perpétua entre as nações

Este trabalho foi terminado no dia 2 de Março de 2016

CAPÍTULO I - HISTÓRIA CONCISA DO FEDERALISMO

O significado da palavra federalismo é tratado, aliança, associação entre povos, em latim “foedus”.³

Ao longo da história da humanidade, sempre existiram tentativas de construção, teóricas e reais, de federações. Na Grécia antiga foi possível vislumbrar um conjunto de cidades estado que, embora possuindo uma identidade, cultura e língua comum, não se constituíram contudo numa.⁴

Durante a Idade Média a ideia de federalismo surge associada à ideia de uma *Respublica Christiana*, uma associação de estados religiosos e cristãos.⁵ No fim da época medieval Nicolau de Cusa retira a vertente religiosa da federação, na medida em que *«existe um consenso dos povos a propósito das verdades fundamentais da religião. Por conseguinte, a religião não poderá mais ser invocada por qualquer um deles como justificação da guerra e deve antes dela mesma fomentar as relações de convivência pacífica entre todos os povos: a concórdia religiosa e a aceitação por todos de uma só fé essencial leva os representantes dos povos a assinar um tratado de paz perpétua»*.⁶

Para o visionário Francisco Vitória *«os povos que se organizavam em Estados»* constituíam *«um orbe, caracterizado por ser uma família de Estados, ligados pela sociabilidade natural do homem»*. Assim a orbe dos vários estados *«não era (...) um super-estado mas uma família de povos»*.⁷

O duque de Sully propôs a constituição de uma federação europeia, o “Grande Desígnio”, em que os seus pares teriam igualdade jurídica, sobre a liderança de um Grande Conselho em que os membros, seriam nomeados pelas grandes potências europeias.⁸

³ - Ver pág 67 de Viriato Soromenho-Marques, O Regresso da América, Que Futuro Depois do Império? , 1ª Edição, Lisboa, Esfera do Caos, Editores Lda. Maio de 2008. Ainda o mesmo autor repetindo a mesma ideia em Viriato Soromenho-Marques, O Federalismo, in Dicionário de Filosofia Moral e Política do Instituto de Filosofia da Linguagem da Universidade Nova de Lisboa. in <http://www.viriatosoromenho-marques.com/Imagens/PDFs/FEDERALISMO.pdf>. O mesmo sentido em José Tavares, O Federalismo- Sua Caracterização, Contributo para o Estudo da Natureza da União Europeia e das Comunidades Europeias, Relatório de Mestrado da Disciplina de Direito Comunitário Institucional,Regência: Prof. Doutor Fausto De Quadros, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1994/95 na pág. 13.

⁴ - Vide pág 15 de Hugo de Brito Machado Segundo, Contribuições e Federalismo, São Paulo, Editor Dialética. 2005. *«As Cidades-Estado helênicas realmente integravam uma união de Estados, mas estavam longe de configurar uma federação.»*

⁵ - *«(...) ou porque o cristianismo lhes parecesse semelhante à religião que entre eles é a mais importante.»* pág 125 de Thomas More, Utopia, Mem Martins, Publicações Europa- América Lda. Março de 1997. Ainda *«Senti-me feliz por os Utopianos possuírem esta república, que desejaria se estendesse a todas as nações.»* pág 140.

⁶ - Em pág 39 de Leonel Ribeiro dos Santos, *O Federalismo Europeu,História, Política e Utopia*, Lisboa, Editor Fernando Mão de Ferro, Edições Colibri Actas & Colóquios N° 29 ed. Novembro de 2001. O que o mesmo autor designa de *«Teologização da paz»*.

⁷ - Em pág 56 de Pedro de Caridade de Freitas, *Portugal e a Comunidade Internacional, na Segunda Metade do Século XIX*, Lisboa, Quid Juris. 2012.

Nos séculos XVIII e XIX irão surgir os projectos filosóficos que viam na federação uma solução para a obtenção da paz perpétua entre estados.⁹ O Abée de Saint Pierre, por exemplo, visualizava a construção de uma «*federação dos Estados da Europa*».¹⁰

Para Montesquieu a Federação devia ter por base a república, «*a República Federativa*», «*esta forma de governo é uma convenção pela qual os vários corpos políticos consentem em tornar-se cidadãos de um estado-maior que querem formar. É uma sociedade de sociedades, que foram uma sociedade nova, que pode engrandecer-se através de novos associados que a ela se unem*».¹¹

Com Kant há mais um avanço. No sistema kantiano a federação seria uma «*federação de paz (foedus pacificum)*, (...) ao passo que aquele procuraria pôr fim a todas as guerras e para sempre».¹² O sistema kantiano seria republicano, federativo e cosmopolita.¹³

Apesar da notoriedade dos autores anteriormente referenciados crê-se que nenhum deles escreveu uma obra tão completa e coerente como aquela que vai servir de estrutura, de alicerce, da democracia americana. Refimo-nos obviamente aos *Federalist Papers*. Nesta obra, os seus autores, inspiraram uma nação a construir o federalismo mais justo e livre de que há memória, o Federalismo Americano. Da singularidade deste federalismo é o assunto que nos propomos tratar de seguida.

⁸ - Cfr. Pág 194 de António Pedro Barbas Homem, *História das Relações Internacionais o Direito e as Concepções Políticas na Idade Moderna*, 2ª Reimpressão da Edição de Julho de 2003, Edições Almedina, SA. Outubro 2010.

⁹ - Leonel Ribeiro dos Santos, *O Federalismo Europeu, História, Política e Utopia* Ob. Cit. pág 37 o autor explica as quatro realidades que influenciaram os filósofos a pensarem numa paz perpétua. Resumindo. 1º O avanço do império turco sobre a Europa. 2º As descobertas de novos continentes. 3º Aumento das relações comerciais. 4º Degradação do Sacro Império Romano Germânico e das ideias de união política e religiosa proporcionada pelo mesmo.

¹⁰ - Leonel Ribeiro dos Santos, *O Federalismo Europeu, História, Política e Utopia* Ob. Cit. pág 49. Ainda Pedro de Caridade de Freitas, *Portugal e a Comunidade Internacional, na Segunda Metade do Século XIX*, Ob. Cit. pág 537 «*O Abée de Saint Pierre defendeu a criação de uma associação de estados europeus...*».

¹¹ - Pág 275 e 276, livro IX, Montesquieu, *Do Espírito das Leis*, Lisboa, Edições 70 Lda. Março de 2011.

¹² - Pág 145 de Immanuel Kant, *A Paz Perpétua e Outros Opúsculos*, Lisboa, Edições 70 Lda. Junho de 2009. Ver na mesma obra pág 29 «*(...): sair do estado sem leis dos selvagens e ingressar numa liga de povos, onde cada estado, inclusive o mais pequeno, poderia aguardar a sua segurança e o seu direito (...) mas apenas dessa grande federação de nações (Foedus Amphictyonum).*».

¹³ - Idem pág 137 «*a Constituição civil em cada Estado deve ser republicana*»; Pág 143 «*O direito das gentes deve fundar-se numa federação de Estados livres*»; Pág 148 «*O direito cosmopolita deve limitar-se às condições da hospitalidade universal*». Em sua obra Leonel Ribeiro dos Santos, *O Federalismo Europeu, História, Política e Utopia* Ob. Cit. Pág. 57 afirma que «*Três programas, portanto, estão implicados neste projecto kantiano: o programa republicano no interior de cada Estado; o programa federalista na relação entre estados; e o programa cosmopolita na relação de todos os Estados com os cidadãos de qualquer estado. Republicanismo, Federalismo, Cosmopolitismo*».

CAPÍTULO II - O DEBATE FEDERALISTA

Da Base Religiosa do Federalismo Americano

Os EUA foram desde sempre uma nação de imigrantes. A origem dos EUA remonta ao Séc. XVII quando em 1620, *«chegaram os primeiros ingleses estabelecidos no país em carácter definitivo. Era um pequeno bando de peregrinos, separatistas, puritanos ingleses. Tinham partido no Mayflower para a América, a fim de evitarem a perseguição religiosa e as más condições económicas que afligiam a Inglaterra»*.¹⁴

A vertente fortemente religiosa dos primeiros habitantes foi notada por Tocqueville: *«Os emigrantes ou, como se apelidavam a si próprios, os peregrinos (pilgrims) pertenciam à seita inglesa que devia à austeridade dos seus princípios a denominação de puritana. O puritanismo não era apenas uma doutrina religiosa, em muitos aspectos, confundia-se também com as teorias democráticas e republicanas mais absolutas. Fora isso que lhe valera os seus mais perigosos adversários. Perseguidos pelo governo da mãe-pátria, magoados no rigor dos seus princípios pelo quotidiano da sociedade no seio da qual viviam, procuraram uma terra tão bárbara e tão abandonada que lhes permitisse viver à sua maneira e rezar a Deus com toda a liberdade»*.¹⁵

Para além de possuírem um grande fervor religioso, um enorme desejo de liberdade e de serem a *«semente de um grande povo que Deus acaba de colocar, com as suas próprias mãos, numa terra predestinada»*,¹⁶ estes seres traziam consigo ideias de auto governo, fundamentais para a criação do Federalismo Americano. As colónias americanas deixadas a si próprias, rapidamente se tornavam autónomas e hostis a tentativas de controlo externo.

Influenciados pelo escritor calvinista Johannes Althusius¹⁷ os emigrantes recém chegados eram por natureza totalmente adversos às ideias de centralização política e da criação de estados soberanos: *«o pensamento de Althusius é radicalmente avesso à ideia de uma vontade soberana, politicamente absoluta e colocada não apenas no topo mas para lá do agregado, conforme sugerira Bodin»*.¹⁸ Toda

¹⁴ - Cfr. pág 155 de Artur Baptista, *Guia do Mundo*, Lisboa, Trinova Editora Lda. ISBN: 972- 9338-16-7. Vide ainda pág 4 de Francis Freedom, *Sinopse da História dos Estados Unidos da América*, Ministério das Relações Exteriores, Distribuído pelo Serviço de Informações dos EUA. 1952.

¹⁵ - Alexis de Tocqueville, *Da Democracia na América*, Cascais, Princípiã Publicações Universitárias e Científicas 1ª Edição ed. Maio 2001. Pág 70.

¹⁶ - Idem pág 71.

¹⁷ - O escritor germânico, Althusius é visto *«por muitos como o fundador do federalismo moderno.»* Sobre esta citação e este escritor vide páginas 258 e ss. de Diogo Pires Aurélio, *Maquiavel & Herdeiros*, Lisboa, Círculo de Leitores 1ª Edição ed. Novembro de 2012. Por último págs 12, 13, 17 e 19 de Carl J. Friedrich, *Trends of Federalism in Theory and Practice*, London, The Pall Mall Press Limited. 1968.

¹⁸ - Diogo Pires Aurélio, *Maquiavel & Herdeiros*, Ob. Cit. pág 258 e 259.

a estrutura radicada em Althusius via a sociedade como uma entidade de associações, fossem elas famílias, vilas, cidades. O indivíduo nunca era visto como um ser sozinho, isolado, mas sempre incorporado numa das suas associações,¹⁹ o homem como um ser associativo.

Estas ideias e pensamentos foram sendo transmitidos aos sucessivos imigrantes e habitantes americanos de tal forma que as comunidades americanas olhavam «*com desconfiança para qualquer assomo, vago que fosse, de poder unificado, impessoal e distante. Acreditavam mesmo que, tarde ou cedo, um tal poder se transformaria necessariamente num poder tirânico*».²⁰ Ao forte sentimento de comunidade associa-se uma leitura religiosa do pacto social. «*Se de um pacto se pode ainda falar em Althusius, é do pacto religioso que Deus, na leitura calvinista da bíblia, celebra com o povo, entregando-lhe a faculdade de se autogovernar*».²¹ Esta é, ainda hoje, a base, o núcleo da sociedade americana.

Do Confronto Federalista

Os artigos da Confederação adotados em 1777 e ratificados em 1781 revelaram-se frágeis e quase deitaram a perder a independência americana. A confederação era instável e perante uma união que quase fracassou e se tornou em desagregação,²² os representantes dos Estados reuniram-se numa nova Convenção, a Convenção de Filadélfia de 1787. Nesta convenção colidiram dois movimentos opostos.

Um dos movimentos ficará conhecido para a história, como o “*Antifederalista*”²³ que se irá opor à constituição de um governo federal, que receava, pretendendo manter a independência e soberania dos estados. Dele faziam parte pessoas como, George Clinton Governador de Nova Iorque e

¹⁹ - Não foi por acaso que Tocqueville reparou nesta grande particularidade americana, a sua grande capacidade de associação. «*A América é o país do mundo no qual se tirou o maior partido da associação*»; «*Os Americanos de todas as idades, condições e tendências reúnem-se constantemente, não só em associações comerciais e industriais (...) mas também (...) religiosas, morais, sérias, fúteis, muito gerais e muito particulares; os Americanos associam-se para dar festas, fundar seminários, construir albergues (...) Desde que se trate de evidenciar uma verdade ou desenvolver um sentimento através de um grande exemplo, ei-los que se associam.*» Alexis De Tocqueville, *Da Democracia na América*, Ob. Cit. respectivamente págs 235 e 601.

²⁰ - Cfr. Diogo Pires Aurélio, *Maquiavel & Herdeiros*, Ob. Cit. pág 266, nesse sentido vide ainda pág 23 de Gary Marks Seymour Martin Lipset, *Por que não houve socialismo na América?*, Lisboa, Quetzal Editores. 2001.

²¹ - Em Diogo Pires Aurélio, *Maquiavel & Herdeiros*, Ob. Cit pág 261.

²² - Vide pág 228 de Direção de José Hermano Saraiva, *História Universal, Europa e América do Norte Século XIX*, Volume VIII, Publicações Alfa S.A. 1985. Viriato Soromenho-Marques, *O Regresso da América, Que Futuro Depois do Império?*, ob. Cit. pág 155 e 156. Francis Freedom, *Sinopse da História dos Estados Unidos da América*, ob. Cit. pág 26 e 27. Vide as págs 29 e 30 de Viriato Soromenho-Marques, *A Revolução Federal, Filosofia Política e Debate Constitucional na Fundação dos E.U.A.*, Lisboa, Edições Colibri. Fevereiro de 2002.

²³ - Das propostas dos antifederalistas na Convenção de Filadélfia vide pág 107 de Ana Maria Guerra Martins, *As Origens da Constituição Norte-Americana, Uma lição para a Europa*, Lisboa, Edições Jurídicas. 1994. Muito pertinente também o quadro nº3 que demonstra as diferenças dos movimentos em Viriato Soromenho-Marques, *A Revolução Federal, Filosofia Política e Debate Constitucional na Fundação dos E.U.A.* ob. cit. pág 51.

o influente político Abraham Yates. Este movimento entendia que era dos estados que derivava a confederação. Posteriormente na história americana surgiu ainda a personalidade de John Calhoun,²⁴ que defendia a visão de uma América livre, uma América Confederada que não se submetesse ao jugo de um poder central. Cada estado seria soberano nos assuntos internos, livre e independente de todos os outros, associando-se se necessário para combater inimigos comuns. Para Calhoun o governo federal era um entre iguais e o princípio de soberania do povo reflectia-se apenas nos estados federados e não no estado federal.

Enfrentando este movimento surgiram os “*Federalistas*” Alexander Hamilton, James Madison e John Jay que concentraram esforços e redigiram os artigos que ficaram conhecidos como *Federalist Papers*. Acreditavam que os Estados Unidos se deviam organizar como uma federação, a Federação dos Estados Unidos Americanos, constituindo um poder federal, a União, superior a todos os estados. A federação e os estados resultariam de um pacto social que parte do povo americano.²⁵

É importante salientar que a forma federal do estado moderno foi um presente dos americanos ao direito²⁶ e que esse presente resulta do debate e da prevalência das ideias do movimento federalista.

²⁴ - Vice-Presidente Americano e profundo “sulista”, defensor da “*doctrine of nullification*”. «Ao invés disso, os anuladores do Sul defendem que, ao unirem-se, os Americanos não pretenderam de modo algum fundir-se num só e mesmo povo, mas tão somente constituir uma liga de povos independentes; seguindo essa ordem de ideias, cada Estado, tendo assegurado inteiramente a sua soberania (...) possui o direito de interpretar as leis do Congresso e de suspender, no seu seio, a execução daquelas que lhe pareçam opor-se à Constituição ou à justiça.» em Alexis De Tocqueville, *Da Democracia na América*, ob. Cit. Págs 440 e 441. Sobre esta doutrine ver Diogo Pires Aurélio, *Maquiavel & Herdeiros*, Ob. Cit. pág 264 e ss. Viriato Soromenho-Marques, *A Revolução Federal, Filosofia Política e Debate Constitucional na Fundação dos E.U.A.* ob. cit. pág 94 a 108 e por último pág 136 de Isabel David, *Do Federalismo à Federação ou a Inconciliabilidade entre Pensamento e Acção*, Lisboa, Universidade Técnica de Lisboa, Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas. 2008.

²⁵ - Do confronto entre “Antifederalistas” e “Federalistas” vide pág 301 de Maurice Duverger, *Os Grandes Sistemas Políticos, Instituições Políticas e Direito Constitucional-I*, Livraria Almedina Coimbra. 1985. Federalismo americano como o federalismo do povo, de base vide Viriato Soromenho-Marques, *A Revolução Federal, Filosofia Política e Debate Constitucional na Fundação dos E.U.A.* ob. cit. pág 51, 54 e 95.

²⁶ - Sobre os contributos americanos vide pág 292 de Jorge Bacelar Gouveia, *Manual de Direito Constitucional*, 3ª Edição, Volume I, Edições Almedina. Setembro de 2009. Primeira constituição escrita. Primeiro Estado Federal moderno. Primeiro estado com “*judicial review*” Sobre mais méritos dos americanos e da sua constituição Ana Maria Guerra Martins, *As Origens da Constituição Norte-Americana*, ob. Cit. pág 17. Vide por último Professor Marcelo Caetano, *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, ob. Cit pág 66.

CAPÍTULO III – O FEDERALISMO AMERICANO

O Federalismo é um sistema político de alianças entre estados que mantendo a sua autonomia interna (Princípio da Autonomia) se unem para prosseguirem objetivos de interesse comum de todos eles (Princípio da Participação²⁷). Para alcançar os interesses comuns é criado um novo ente, o Estado Federal, que emerge por cima de todos os estados.

Do ponto de vista teórico e concetual relevam os seguintes aspetos do federalismo americano.

Na primeira vertente a ideia de que o poder político tem de ser dividido, pois só a divisão do poder evita a tirania, os abusos de poder e a ameaça à liberdade individual²⁸. O federalismo americano recorre à divisão tripartida do poder²⁹ (legislativo, executivo e judicial) na boa tradição de Montesquieu³⁰ e é ainda muito influenciado pelas obras de Locke.

Ao dividir o poder em partes cria-se um equilíbrio e um confronto de poderes, no fundo uma arena onde eles se irão controlar mutuamente. Para enfraquecer o poder é preciso dividi-lo e confrontá-lo com outros poderes. Dentro da sua esfera de poder, cada poder poderá atuar e expandir as suas competências, a famosa *faculdade de estatuir*.³¹ Contudo, individualmente, cada poder está sujeito ainda ao controlo pelos outros poderes, a *faculdade de impedir*³², evitando o poder absoluto de um deles.

Tratam-se dos reconhecidos pesos e contrapesos, “*checks and balances*”, americanos, onde cada poder tem uma esfera de atuação delimitada e pode controlar a atuação dos outros poderes.

A segunda vertente relevante deste federalismo deve-se à importância das relações entre estados federados e estados federais. Não podemos olvidar que no federalismo americano antes de existir um

²⁷ - Deste princípio pág 150 de Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, 1ª Edição, Volume I, Tomo I, 1, O Estado e os Sistemas Constitucionais, Coimbra Editora. Setembro de 2014. Ana Maria Guerra Martins, *As Origens da Constituição Norte-Americana*, ob. Cit. pág 100.

²⁸ - «Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder trave o poder.» Sublinhado nosso, Montesquieu, *Do Espírito das Leis*, Ob. Cit. pág 303.

²⁹ - «Contudo, tal reconhecimento só é possível na convicção de que a nação não é *une et indivisible*, e que a separação de poderes, longe de provocar impotência, gera e estabiliza o poder.» pág 330 de Hannah Arendt, *Sobre a Revolução*, Lisboa, Relógio D'Água Editores. Dezembro de 2001.

³⁰ - «Em cada Estado existem três tipos de poderes: o poder legislativo, o poder executor das coisas(...)» e «o poder de julgar(...)» Montesquieu, *Do Espírito das Leis*, Ob. Cit. pág 305.

³¹ - Idem pág 310 «Chamo faculdade de estatuir ao direito de ordenar por si mesmo, ou de corrigir o que foi ordenado por outrem.»

³² - Idem, Ibidem: «Chamo faculdade de impedir ao direito de anular uma resolução tomada por outrem;»

estado independente e soberano existiam pequenos estados que se associaram para criar uma União (o Estado Federal). Estados Americanos que eram, no início «*originariamente soberanos*».³³

É portanto uma construção que parte da base e não do topo, o federalismo por agregação.³⁴ Os estados são iguais entre si, por serem membros de uma federação, independentemente da sua dimensão física ou populacional. Esta ideia tem por base, o princípio da igualdade entre estados federados. Princípio de Igualdade jurídica quando os estados se vão degladiar, no futuro, nos tribunais (Federais), ou na política (Senado).

A terceira vertente revela-se nos poderes e nas competências dos estados, sejam eles federais ou federados, no fundo, o federalismo dualista.³⁵ Nos Estados Unidos «*coexistem duas sociedades diferentes que (...) se encaixam uma na outra, dois governos completamente separados e quase independentes um do outro: um, habitual e indefinido, que responde às necessidades diárias da sociedade e outro, excepcional e circunscrito, que apenas se ocupa de determinados interesses de ordem geral. (...) o governo federal é apenas uma excepção; o governo dos Estados é a regra comum*».³⁶

Os estados federados possuem uma soberania interna total e natural. Imiscuem-se em todos os assuntos que lhes dizem respeito, legislando com o fervor das causas que lhes são próximas. O cidadão do estado vê, sente e observa a atuação do seu governante estadual; pelo contrário o governo federal atua pontualmente e procura atuar no interesse geral de toda uma nação e cuja presença é longínqua. Porém o estado federal possui competências próprias como, por exemplo, a cunhagem de moeda e a constituição de um exército, áreas de atuação exclusiva do governo da União.³⁷

³³ - Expressão de Manuel Freire Barros, *Soberania e Federalismo*, Relatório de Mestrado na Disciplina de Direito Comunitário Institucional, Regência: Prof. Doutor Fausto De Quadros, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1994/1995 pág 52.

³⁴ - «O modelo de Estado federal surge “de baixo para cima”, por agregação, ou seja, por iniciativa dos Estados que se unem organizando-se em Estado federal(...)» em José Tavares, *O Federalismo- Sua Caracterização, Contributo para o Estudo da Natureza da União Europeia e das Comunidades Europeias*, Ob. Cit. Pág 17. Ainda «Some federations have been created by aggregation (bringing previously separate units together)...» em Ronald Watts, «The Institutions of a Federal State, Federalism and Democracy as Fundamental Counterweighing Principles», *EUROREGIONS (The Territorial Distribution of Power in Europe VI)*, Volume 6, Cahier 1, Institute of Federalism Fribourg Switzerland, 1995/1996, pág 7.

³⁵ - «O federalismo dualista se fundamenta na própria existência de duas esferas independentes de estatalidade.(...) No plano político, o sistema dualista conta com centros de poder soberanos e iguais em suas respectivas esferas (...)» Em Eduardo de Proft Cardoso, *Federalismo Financeiro e Descentralização: Aspectos Gerais*, Relatório de Mestrado na Disciplina de Direito Financeiro, Regência: Prof. Doutor António De Sousa Franco, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2004 pág 7 e 8. Vide ainda Carl J. Friedrich, *Trends of Federalism in Theory and Practice*, ob. Cit. pág 19.

³⁶ - Alexis De Tocqueville, *Da Democracia na América*, ob. cit. Pág 99.

³⁷ - Idem Pág 417. Como refere Viriato Soromenho Marques, o cidadão sente-se sempre mais próximo do seu estado do que do governo federal em Viriato Soromenho-Marques, *A Revolução Federal, Filosofia Política e Debate Constitucional na Fundação dos E.U.A.* ob. cit. 71. Vide ainda Alexander Hamilton, *O Federalista*, Lisboa, Edições Colibri, Julho de 2003, nº 17 pág 124. Por último James Madison, *O Federalista* nº 41 e 46 ob. Cit. pág 260 e 297.

A quarta vertente é a duplicidade de ordenamentos jurídicos, também apelidado de estrutura de sobreposição. Nomeadamente a existência de uma constituição federal e constituições estaduais, da legislação federal e estadual às quais o cidadão se encontra sujeito.

O último ponto diz respeito às relações entre o povo e os estados federados e federal. O cidadão americano possui uma dupla cidadania. «*Com efeito, um dos conceitos reitores do federalismo é o de dupla cidadania, que significa que cada cidadão singular acumula os atributos do exercício da cidadania tanto no plano estadual como no plano federal*».³⁸ Esta circunstância permite uma «*estrutura de participação*»³⁹ dupla, podendo o cidadão eleger os seus representantes a nível estadual e federal e até candidatar-se a cargos nesses níveis.

³⁸ - Viriato Soromenho Marques, *O Federalismo*, Soromenho-Marques. Ob. Cit. pág 3.

³⁹ - Maria Alexandra Lopes, *O Federalismo e a Ordem Jurídica Comunitária*, Relatório de Mestrado do Curso de Aperfeiçoamento da Disciplina de Direito Comunitário Institucional, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1996 pág 19. Ou de dupla «*sobreposição*» se virmos pelo prisma das obrigações legais dos cidadãos, Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, ob. Cit. pág 150.

CAPÍTULO IV - FEDERALISMO JUDICIAL, O POLVO

O homem tem um desejo ardente pela **igualdade**, persegue a **liberdade** e a todo o momento procura a **justiça** das coisas. O homem tem uma necessidade natural de justiça procurando alcançá-la sempre que se sinta de alguma forma prejudicado. Para obtê-la o homem é capaz das maiores atrocidades e não hesitará, na sua senda de justiça, em utilizar os meios mais perniciosos para satisfazer as suas pretensões. A *«justiça é a finalidade para a qual deve tender qualquer governo; é o fim a que se propõem todos os homens quando se reúnem. Os povos fizeram e farão sempre esforços para atingirem esse fim até conseguirem alcançá-lo, ou até perderem a liberdade»*.⁴⁰ São estes três conceitos, que o ser humano mais almeja atingir, movendo mundos e destruindo outros tantos para os concretizar.

«Embora os Estados tenham em geral um mesmo objecto, que é preservar-se, cada Estado tem, porém, um objecto que lhe é particular. O engrandecimento era o objecto de Roma; a guerra, o da Lacedemónia; a religião, o das leis judaicas, o comércio, o de Marselha; a tranquilidade pública, o das leis da China (...)».⁴¹ Seguindo esta lógica, o objecto da América será, naturalmente, o da Justiça. A Justiça é precisamente um dos pilares da federação americana. Foi aqui que se desenvolveu o sistema judicial mais completo, democrático e justo que alguma vez surgiu em toda a humanidade.

«O sistema representativo é adoptado em vários Estados europeus, mas creio que até hoje nenhuma nação no Mundo constitui o poder judicial da mesma maneira que os Americanos».⁴² A federação americana começou originariamente como uma federação política, uma aliança de estados, sendo esta a intenção inicial dos seus criadores. Contudo com o tempo ela tornou-se em algo muito maior, algo mais grandioso. Para nós, mais do que um federalismo político, os EUA são um federalismo judicial. Foi o federalismo judicial que contribuiu para unir a nação, modificando a frase de Thomas Paine, “na América o Judicial [em vez da lei] é o rei”.

Se o federalismo político é a associação de estados, a aliança de estados, então pode ser dito que o federalismo judicial é a aliança de estados integrados numa estrutura judicial dupla, tendo em vista a obtenção de uma justiça comum a todos. Lourenço de Freitas fala de um *«sistema (...) para dirimir o potencial conflito entre jurisdições estaduais e federais (...)»*.⁴³ Mary Porter refere que

⁴⁰ - Em Alexis de Tocqueville, *Da Democracia na América*, Ob. cit. Pág 309. « A justiça é o objectivo do governo. É o fim da sociedade civil. Ela sempre foi, e será, procurada até que seja obtida, ou até que a liberdade seja perdida nessa porfia.» James Madison *O Federalista*, ob. Cit. Nº 51 pág 328.

⁴¹ - Montesquieu, *Do Espírito das Leis*, Ob. Cit. Pág 304.

⁴² - Alexis De Tocqueville, *Da Democracia na América*, Ob. cit. Pág 139.

⁴³ - Lourenço Vilhena de Freitas, *O Modelo Jurídico- Institucional da União Europeia, Aproximação a um Modelo Pós-Confederal*, ob. Cit. pág 26.

«Relations between federal and state courts are referred to as “judicial federalism”. As legally established and commonly understood, judicial federalism denotes a hierarchical arrangement». ⁴⁴

Um sistema hierarquizado de tribunais estaduais e federais montado dentro de um estado federal, como uma estrutura paralela ao sistema político federalista. ⁴⁵ Estas são as visões tradicionais, hierárquicas e estáticas do federalismo judicial.

Consideramos efetivamente o federalismo judicial como toda a estrutura judiciária montada intencionalmente ou acidentalmente com vista à aplicação do poder judicial nos estados federados e federal. Mas o federalismo judicial é isto e muito mais. É uma entidade viva que reflete um estado de espírito, uma forma de defesa democrática, ⁴⁶ uma forma de estar e viver em democracia, um ethos democrático.

É verdade que o poder judicial não é perfeito, nem é infalível e só age quando solicitado. Antes da experiência americana o poder judicial sempre foi o mais fraco ⁴⁷ e desprezado dos três poderes. Porém os americanos, cientes destas e de outras limitações, adoptaram-no como o seu principal poder, acarinharam-no, unificaram-no numa só jurisdição, fortaleceram-no, deram-lhe forma e poder e desafiaram-no. Ele aceitou o desafio. Desenvolveu as suas tradições, ⁴⁸ introduziu-se na psique americana e nunca mais de lá saiu. O próprio povo habituou-se a utilizar a linguagem jurídica e interiorizou os «hábitos e gostos dos magistrados». ⁴⁹

O poder judicial, através do seu federalismo judicial, permitiu contrabalançar a força dos outros poderes (executivo e legislativo), de tal forma que se sobrepôs a eles e tornou o judicial o poder por

⁴⁴ - Pág 964 de Mary Cornelia Aldis Porter, *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, Second Edition, Editor in Chief Kermit L. Hall, Oxford University Press. 2005.

⁴⁵ - Paulo Rangel salienta que a «*Organização jurisdicional dos Estados Unidos*» são uma «*decorrência directa do carácter federal do Estado*». Pág 43 de Paulo Castro Rangel, *Repensar o Poder Judicial, Fundamentos e Fragmentos*, Porto, Publicações Universidade Católica. Junho de 2001. Sublinhados nossos.

⁴⁶ - Vide Alexis de Tocqueville, *Da Democracia na América* Ob. Cit. pág 337.

⁴⁷ - «*Ela prova incontestavelmente que o judicial é sem comparação o mais fraco dos três departamentos de poder; que nunca pode atacar com sucesso qualquer dos outros dois;*» cfr Alexander Hamilton, *O Federalista* nº 78 ob. Cit. pág 476. Daí a necessidade imperiosa de o fortalecer para que ele possa enfrentar os outros poderes.

⁴⁸ - Vide *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States* Ob. Cit pág 1153, das tradições que existem no “*Supreme Court*”, muitas delas transferidas virtualmente para todos os tribunais americanos. Tradições tão simples como apertos de mão quando são dadas decisões em colectivo, até à recepção de novos juízes, passando pela disposição dos juízes no tribunal por antiguidade. Tudo isto demonstra a existência de um poder judicial unido e transmite a ideia de que há um propósito superior a todos eles, a preservação da democracia e da amada constituição.

⁴⁹ - Em Alexis de Tocqueville, *Da Democracia na América*, Ob. Cit pág 319. Já Edmund Burke salientava o perigo de enfrentar um povo que tinha uma paixão ardente pela liberdade e um gosto intelectual pelos assuntos jurídicos. «*In no country perhaps in the world is the law so general a study*.» Edmund Burke, Chapter 1 Document 2, Speech on Conciliation with the Colonies de 22 Mar. 1775 em <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/v1ch1s2.html>

excelência nos EUA: «*não temos dificuldade em descobrir que jamais houve povo que tivesse instaurado um tão grande poder judicial*».⁵⁰

Este foi o grande contributo dos EUA para o direito comparado (influenciou constituições e organizações judiciárias), para o Direito Internacional (influenciou a carta da UE e parte da sua orgânica judiciária) e para as democracias em geral; a importância fundamental do poder judicial.

Nos EUA a constituição é sagrada, vista com uma reverência inigualável em todo o mundo «*onde a Constituição domina quer os legisladores, quer os simples cidadãos*».⁵¹ É essa reverência constitucional que atribui ao poder judicial a sua mais forte legitimidade como poder. O poder judicial recebeu um mandato constitucional vitalício para proteger o povo e a democracia, a legitimidade constitucional, advém do artº III secção 1 e 2 e ainda do artº VI Secção 1, Cláusula 2 da Constituição.

Na prática é o poder judicial que concretiza a soberania popular que foi estabelecida na constituição. Ao ser o poder que interpreta a constituição ele auto assumiu-se como o poder supremo, responsável pelo entendimento do que é a lei, se a mesma poderá vigorar e pela proteção e análise da constituição,⁵² através do “*judicial review*”, um autêntico poder de supervisão.⁵³

É infinitamente preferível atribuir o poder de interpretar e proteger a constituição ao poder judicial, cujos interesses são a justiça e o direito, do que a outros poderes cujo único interesse é a sua própria ambição pessoal.⁵⁴ Possuindo uma legitimidade absoluta garantida pela constituição o judicial fortaleceu a nação e as suas instituições e assumiu-se como o árbitro⁵⁵ das disputas que emergiam, incluindo confrontos que surgiam entre poder legislativo que enfrentava o executivo e vice-versa.⁵⁶

Todas as ideias, cláusulas, princípios para existirem e serem considerados têm que ter uma concretização jurisprudencial e só com as decisões dos tribunais essas ideias, cláusulas e princípios ganham vida. Daí que para estudar os EUA e conhecer a sua construção jurídica é necessário conhecer a constituição em primeiro lugar, a seguir a jurisprudência e só depois as leis. Acreditamos, que toda a

⁵⁰ - Alexis De Tocqueville, *Da Democracia na América*, Ob. Cit. pág 190. A grande ligação que existe entre o povo e o poder judicial, atribui aos juizes um estatuto de elevada estima e autoridade, vide Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, ob. Cit. pág 155.

⁵¹ - Alexis De Tocqueville, *Da Democracia na América*, Ob. Cit. pág 142.

⁵² - «*We generally accept the idea of judicial supremacy on constitutional issues.*» Richard E. Ellis *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, Ob. Cit. pág 518.

⁵³ - Vide Wallace Mendelson *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, Ob. Cit. pág 910.

⁵⁴ - «*Mais vale conceder o poder de alterar a Constituição do povo a homens que representam imperfeitamente a vontade daquele do que a outros que só se representam a si próprios*» em Alexis de Tocqueville, *Da Democracia na América*, Ob. Cit. pág 142.

⁵⁵ - Vide Diogo Pires Aurélio, *Maquiavel & Herdeiros*, Ob. Cit. pág 273. «*Em última instância, a pedra angular do sistema reside no poder judicial, enquanto árbitro (...)*» em Isabel David, *Do Federalismo à Federação ou a Inconciliabilidade entre Pensamento e Acção*, Ob. Cit. pág 90. Vide também Alexander Hamilton *O Federalista*, ob. Cit. Nº 78 pág 475 a 481.

⁵⁶ - Vide Alexis de Tocqueville, *Da Democracia na América*, Ob. Cit. pág 190.

construção e atuação política terá mais cedo ou mais tarde um processo judicial ⁵⁷ que servirá ou de travão, ou de enquadramento, ou de aceitação, transformando esse caso obviamente numa referência, um landmark, tornando “obrigatório” o seu estudo.

É a jurisprudência, através das sucessivas decisões, que cria um sistema jurídico compreensivo e cheio de “nuances”. Cada decisão tem um impacto determinado. O direito progride a cada «*golpe de sentença*»⁵⁸. Cada tema, para ser conhecido, obriga ao estudo de várias decisões. Podemos ir até mais longe. Questões jurídicas, sociais, ambientais, constitucionais são decididas pelo federalismo judicial, que argumenta e discute todas as questões da vida em democracia. Ele funciona, como um autêntico polvo que se expande fisicamente a todos os locais através dos seus tentáculos (tribunais) e cuja cabeça (“*Supreme Court*”) emite decisões para serem seguidas pelos “tentáculos”, como uma entidade viva e visível, por vezes aumentando ainda mais a sua influência e presença, outras vezes retraindo-se. Daí que o federalismo judicial americano seja um processo dinâmico e nunca estático.⁵⁹

O poder judicial surge como um “verdadeiro poder” e não uma “simples função”, capaz de confrontar os outros poderes surge na verdade como um participante fundamental «*do processo de Governo*».⁶⁰ O poder judicial irrompe então como uma entidade com poder político.⁶¹ Ao construir o poder judicial desta forma os norte-americanos recusaram a «*supremacia parlamentar*»⁶² e abraçaram a supremacia judicial, dando origem à teoria americana da supremacia judicial.⁶³ Hegemonia essa visível e palpável sobre os outros poderes, que é contínua pelos séculos, não é esporádica ou intermitente e certamente continuará a ser assim no futuro.

No federalismo judicial todos os litígios são legítimos, qualquer interesse é igual a outro, do pobre ao rico, do fraco ao poderoso, o que releva é a verdade fatural. Quando a controvérsia chega ao tribunal, o judicial torna-se dinâmico, frontal, direto e argumentativo como num *fórum* da antiguidade,⁶⁴ onde todos os assuntos são debatidos;⁶⁵ um espelho da sociedade democrática. Os americanos amam

⁵⁷ - Idem pág 319 « *Quase não há questão política, nos Estados Unidos, que não se resolva, mais cedo ou mais tarde, como uma questão judicial.* »

⁵⁸ - Expressão do constitucionalista espanhol García de Enterría, citado por J. A. Teles Perreia em , «Judicial Review, O Sonho Americano», *Revista Sub Judice, Justiça e Sociedade*, Nº 12, DocJuris, Janeiro/Junho de 1998, pág 2.

⁵⁹ - Vêem o federalismo como um processo dinâmico Carl J. Friedrich, *Trends of Federalism in Theory and Practice*, Ob. Cit. pág 12 e 18. Ainda Viriato Soromenho-Marques, *A Revolução Federal, Filosofia Política e Debate Constitucional na Fundação dos E.U.A.* ob. cit. pág 177.

⁶⁰ - Paulo Castro Rangel, *Repensar o Poder Judicial, Fundamentos e Fragmentos*, Ob. Cit. pág 26 e 27.

⁶¹ - Vide Kenneth L. Karst, *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, Ob. Cit. pág 527.

⁶² - John Rawls, *American Social and Political Thought: A Concise Introduction* pág 44 do livro online em <https://books.google.pt/>

⁶³ - Dessa opinião Pág 610 e ss de Oscar Rabasa, *El Derecho AngloAmericano, Estudio Expositivo y Comparado del "Common Law"*, México, Fondo de Cultura Economica. 1944.

⁶⁴ - . Sobre os Norte americanos na vida pública e a necessidade que os mesmos têm de debater as questões publicamente. O tribunal tornou-se esse palco como os antigos foruns da antiguidade, vide Alexis de Toqueville, *Da Democracia na América*, Ob. Cit. pág 290 e 291. O “*Supreme Court*” como o centro da autoridade da República Americana

o federalismo judicial que criaram a ponto de transformarem os tribunais numa autêntica religião americana. Ganharam o hábito e o gosto de levar as questões aos tribunais, garantiram-lhe a independência, deram-lhe espaço, ele ganhou autoridade e tornou-se o ramo de governo mais separado e menos controlado de todos eles.⁶⁶ Em troca, ninguém foi mais protegido pelo federalismo judicial que o povo.

O povo americano sabe que o federalismo judicial pode impedir a usurpação de poder, os abusos de poder e o poder absoluto. Mas como pode ele impedir tais situações? Desde logo, porque o impacto das suas decisões é aplicado na sociedade, os intervenientes aceitam e cumprem as suas decisões por mais contrária que seja às suas vontades. Por outro lado, na esteira de Tocqueville e Benjamin Constant⁶⁷ é o mais importante poder/estrutura intermédio que existe nos EUA. Depois surgem as associações, que protegem⁶⁸ o particular face ao Estado, impedindo os abusos.

O facto de ser intermédio, não significa que ele é inferior. Pelo contrário, significa que o federalismo judicial tornou-se o guardião da democracia. Eleva-se face ao estado e aos particulares sem nunca asfixiar o segundo e enfrentando quando necessário o primeiro.

O objetivo de um poder intermédio é impedir um estado todo poderoso. Sem ele, nada impediria que o uso da força e da violência do estado fosse diretamente aplicado aos cidadãos. Estaríamos na presença do estado orquestrado por Rousseau,⁶⁹ sem intermediários numa relação direta entre cidadãos e estado. A democracia popular. Como sabemos, tal situação degenera sempre em tirania. Os tribunais surgem, como a estrutura ideal para impedir a *vontade geral* Rousseana e para «substituir o uso da violência pela ideia de justiça».⁷⁰

ver Hannah Arendt, *Sobre a Revolução*, Ob. Cit. pág 246 e 247. Nesta última ideia págs 56 e 57 de Miguel Nogueira de Brito, *A Constituição Constituinte, Ensaio sobre o Poder de Revisão da Constituição*, Coimbra Editora. Maio de 2000. Os tribunais como local ideal para decidir disputas sociais e sobre a estrutura argumentativa e retórica do processo judicial, Paulo Castro Rangel, «Estado Fraco, Tribunais Fortes: De Novo as Questões de Legitimidade e Função», *Revista Julgar*, Nº 3, Coimbra Editora S.A., Setembro- Dezembro de 2007, pág 93 e 95.

⁶⁵ - Alexis de Tocqueville, *O Antigo Regime e a Revolução*, Lisboa, Editorial Fragmentos Lda. Dezembro de 1989. pág 110.

⁶⁶ - Nesse sentido, pág 334 de João Carlos Espada, *Liberdade e Responsabilidade Pessoal, 25 anos de crónicas políticas (1981-2006)*, Estoril, Princípia Editora Lda. Abril de 2008. Em especial Wallace Mendelson *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States* Ob. Cit. pág 906.

⁶⁷ - Sobre o poder intermédio Alexis de Tocqueville, *Da Democracia na América*, Ob. Cit pág 180. Ainda pág 61 e 68 de Bernard Crick, *A Democracia*, 1ª Edição, Edições Quasi. Junho de 2006. Vide Diogo Freitas do Amaral, *História das Ideias Políticas*, (Apontamentos) Volume II, Lisboa, Pedro Ferreira- Artes Gráficas. 1997/1998. pág 94 a 98.

⁶⁸ - Alexis De Tocqueville, *O Antigo Regime e a Revolução*, Ob. Cit. pág 210. Vide ainda nas democracias, o papel das fações (teoria das fações) como forma de pluralismo democrático, ideia radicalmente oposta à *vontade geral* Rousseana em James Madison, *O Federalista* nº 10 ob. Cit. pág 80 e 82.

⁶⁹ - Pág 37 e 38 de Jean- Jacques Rousseau, *Contrato Social*, Lisboa, Editorial Presença, Lda. 1973. Para compreender o quanto as estruturas/grupos intermediários são detestadas por Rousseau e outros vide Bernard Crick, *A Democracia*, Ob. Cit. pág 68. Vide ainda Miguel Nogueira de Brito, *A Constituição Constituinte, Ensaio sobre o Poder de Revisão da Constituição*, ob. Cit. pág 131, 132. O fundamental na ideia de *Vontade Geral* é a unanimidade arrasadora.

⁷⁰ - Alexis de Tocqueville, *Da Democracia na América* Ob. Cit. pág 180.

Tendo nascido uma nação constitucional rapidamente a América torna-se uma nação judicial e os americanos um povo judicial. O federalismo judicial para além de árbitro é a “cola” e o motor que une uma nação, garante a proteção constitucional, uniformiza a interpretação da mesma e surge como a autoridade máxima, o poder dos poderes.

«A verdadeira sede da autoridade na República Americana é o Supremo Tribunal».⁷¹ Ninguém melhor do que John Jay explicou a missão, a alma e a importância do poder judicial nos EUA. No caso *Chisholm Vs. State of Georgia* o “Chief Justice” John Jay, embora referindo-se a este caso em particular, rematou a sua opinião com um parágrafo nada mais do que inspirador, que a nosso ver resume a essência do poder judicial.

Ele referiu que a extensão do poder judicial nos EUA às controversias aparenta ser sábia, porque é honesta e porque é útil. É honesta porque faz justiça, assegurando o respeito, o direito das pessoas e dos estados e cumpre a promessa de atribuir a cada cidadão a justiça e proteção devida. É útil porque é honesta, permite a obtenção de justiça e reconhece fortemente uma grande verdade moral, que a justiça é igual quer seja devida a um homem ou a milhões. É ainda o poder judicial nos respetivos tribunais que aplica o glorioso princípio de que a soberania reside no povo.⁷²

Como o federalismo judicial aborda uma panóplia imensa de casos e controvérsias, propomos de seguida, a estudar alguns desses casos nas diversas áreas que consideramos serem fundamentais, casos esses onde o judicial tem papel de supremacia.

⁷¹ - Hannah Arendt, *Sobre a Revolução*, Ob Cit. Pág 247.

⁷² - CHISHOLM VS. STATE OF GA., 2 U.S. 419 (1793) parágrafo em 2 U.S. 419, 479. Tradução e adaptação nossa. Concretizadas nas imortais palavras de Lincoln «Do povo, pelo povo e para o povo» excerto do discurso efectuado no Cemitério Militar de Gettysburg, Pensilvânia, por Abraham Lincoln, *Gettysburg Address*. 19 de Novembro de 1863 in <http://voicesofdemocracy.umd.edu/lincoln-gettysburg-address-speech-text/>. cremos que todas estas ideias resultam da filosofia Lockean, Pág LXIII, 241 e 379 de John Locke, *Dois Tratados do Governo Civil*, Lisboa, Edições 70, Lda Outubro de 2006. Da fundamental importância de John Locke para o pacto societário e ideia de soberania popular norte americana vide Miguel Nogueira de Brito, *A Constituição Constituinte, Ensaio sobre o Poder de Revisão da Constituição*, ob. Cit. págs 16, 17 e 28, 29, 30, 86 e 87.

CAPÍTULO V - CARATERÍSTICAS DO SISTEMA JUDICIAL AMERICANO

Arriscamo-nos a afirmar que nunca na história da humanidade houve um sistema judicial como o americano. Este sistema está alicerçado num conjunto de caraterísticas que o tornam único e especial, como: O litígio, as partes, a inércia, a especificidade e as matérias.

O Litígio

«*The judicial Power shall extend to all cases, in Law and Equity (...)*». ⁷³

Para que os tribunais possam decidir uma causa, tem forçosamente de existir uma controvérsia, um litígio.

A controvérsia tem de ser atual e real, como refere o artº III da Constituição. Por norma os tribunais federais não aceitam decidir situações hipotéticas e abstratas nem emitem opiniões consultivas. ⁷⁴ A base desta sustentação foi devida a uma situação real em que foram solicitados por Alexander Hamilton e George Washington opiniões a John Jay, ⁷⁵ “*Chief Justice*”, que se pronunciasse sobre a constitucionalidade de uma resolução e a resposta foi que o “*Supreme Court*” não emitia opiniões consultivas ao abrigo do artº III da Constituição. ⁷⁶

As Partes

- «*to Controversies to which the United States shall be a Party;*
- *to Controversies between two or more States;*
- *between a State and Citizens of another State;*
- *between Citizens of different States;*
- *between Citizens of the same State (...)*». ⁷⁷

⁷³ - Artº III Secção 2 Cláusula 1 da Constituição Americana.

⁷⁴ - Nesse sentido pág 63 de Departamento de Estado dos Estados Unidos da América, *Perfil do Sistema Judiciário dos EUA*, «Os capítulos de 1 a 8 foram adaptados do livro(...) Judicial Process in America, 5ª Edição, de Robert A. Carp e Ronald Stidham, publicado por Congressional Quarterly, Inc.», Editor Executivo George Clack. 2006. Vide também James B. Stoneking *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, Ob. Cit. pág 151.

⁷⁵ - John Jay 1745-1829, Primeiro “*Chief Justice*” do “*Supreme Court*” entre 1789 e 1795. Juiz, ministro plenipotenciário em Espanha, eleito pelo congresso, governador de Nova Iorque e um dos autores no famoso «*Federalist Papers*». Sobre mais informações deste notável homem vide Sandra F. VanBurkleo, *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, Ob. Cit. pág 516.

⁷⁶ - Vide Departamento de Estado dos Estados Unidos da América, *Perfil do Sistema Judiciário dos EUA*, Ob. Cit. pág 24.

⁷⁷ - Artº III Secção 2 Cláusula 1 da Constituição Americana.

Nos EUA é muito forte a ideia de que as pessoas devem ser responsabilizadas pelos seus atos. Qualquer pessoa, entidade, empresa, entre outros, pode ser objeto de uma ação num tribunal americano. Até os próprios tribunais podem interpôr ações (Ex. *Supreme Court of New Hampshire Vs Piper de 1985*). Ninguém está acima do poder judicial, toda a sociedade a ele se submete. Perante o poder judicial, todos são iguais e merecem igual tratamento. Isto confere uma ideia avassaladora e bela de igualdade.

«*Equal Justice Under Law*», é esta a frase que aparece na fachada principal do “*Supreme Court*” e não é por acaso. Desde que as partes estejam envolvidas num litígio e possuam a necessária capacidade jurídica podem processar quem entenderem.⁷⁸

«*Nas nações europeias só os particulares são réus perante os tribunais, mas pode-se dizer que o Supremo Tribunal dos Estados Unidos faz comparecer soberanos na barra. Quando o meirinho, avançando pelos degraus do tribunal, pronuncia as palavras: “O Estado de Nova Iorque contra o de Ohio”, sentimos muito bem que não nos encontramos num tribunal de justiça comum*».⁷⁹

Todas estas particularidades do sistema americano e a descrição de Tocqueville apesar de acertadas e elegantes, são manchados por um simples facto, os cidadãos de um estado não podem processar qualquer outro estado dos EUA em tribunais federais. Como foi possível que tal facto acontecesse? Tal situação deve-se unicamente ao poder legislativo e à ambição desmesurada que os Estados tinham de não se submeterem ao controlo judicial.

Para melhor compreender esta situação temos de retroceder a 1793 e ao caso *Chisholm Vs. Georgia*⁸⁰. Chisholm era um executor de um mercador da Carolina do Sul que tinha vendido vestuário ao Estado da Geórgia durante a Guerra Revolucionária. Perante o incumprimento do Estado da Geórgia no pagamento das dívidas que tinha contraído, Chisholm processou a Geórgia invocando o artº III da Constituição Americana. Em sua defesa, a Geórgia invocou a imunidade judicial pelo facto de ser um

⁷⁸ - Não se pode ir a tribunal em nome de terceiros. As únicas excepções são os casos de menores e de ações colectivas.

⁷⁹ - Palavras de Alexis De Tocqueville, *Da Democracia na América*, Ob. Cit. pág 190.

⁸⁰ - CHISHOLM VS. STATE OF GEORGIA., 2 U.S. 419 (1793), 4 votos contra 1 a favor de CHISHOLM. Sobre este caso vide William J. Keefe e Morris S. Ogul, *The American Legislative Process, Congress and the States*, 5ª Edição, Prentice- Hall, Inc. pág 428. Vide *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States* Ob. Cit págs 59, 90, 97, 167, 290, 509, 516 e 1092. Vide ainda pág 66 de Nuno Rogeiro, *Constituição dos EUA, Anotada e seguida de estudo sobre o sistema constitucional dos Estados Unidos*, 1ª Edição, Gradiva. Março de 1993. Por último págs 481 e ss de Roy M. Mersky e Cindy L. Tate Gary Hartman, *Landmark Supreme Court Cases, The Most Influential Decisions of The Supreme Court of the United States*, Checkmark Books e Facts on File. 2004. Decisão no link <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=2&page=419>.

estado soberano. Leva inclusivamente a sua estratégia mais longe recusando-se a arguir e a comparecer perante o “*Supreme Court*”.⁸¹

Perante esta posição, o “*Supreme Court*” é forçado a dar um prazo ao estado para comparecer ou exercer o contraditório, sob pena de a decisão tomada pelo “*Supreme Court*” entrar em vigor por “*default*”.⁸² Numa das mais apaixonantes decisões alguma vez tomadas pelo “*Supreme Court*” e que facilmente se poderia ter tornado num caso de jurisprudência memorável, o “*Chief Justice*” John Jay e os “*associate justice*” Cushing, Wilson e Blair, numa votação de quatro contra um, emitiram opiniões em “*seriatim*”(opiniões em separado para cada um dos “*justice*”), em favor de Chisholm. Conscientes da importância do caso,⁸³ os “*justice*” utilizaram uma linguagem simples, mais filosófica do que propriamente jurídica, muitas vezes sem recorrer a casos de jurisprudência⁸⁴

A argumentação deste caso resume-se essencialmente a três questões:

1ª- Qual é a interpretação do artº III da Constituição?

2ª- Tem o estado da Geórgia ou qualquer outro estado americano imunidade judicial por ser um estado soberano?

3ª Pode ser um estado processado num processo judicial?

« *The judicial Power shall extend to all cases, in Law and Equity, arising under this constitution (...) to controversies (...) - between a State and Citizens of another State*»;⁸⁵

A interpretação deste artigo foi fundamental neste caso e era perfeitamente claro que o “*Supreme Court*”, ao abrigo dele, possuiria competências para julgar este caso. A interpretação do artigo revela-se, então, fácil e clara: o poder judicial é extensivo aos casos entre um estado e cidadãos de outro estado e isso é notório através de uma interpretação que recai não só no espírito como na letra da constituição⁸⁶.

Tendo o “*Supreme Court*” jurisdição para julgar este caso, de acordo com o artº III, terão no entanto os Estados imunidade por serem soberanos? A esta segunda questão respondem os *justice*, em especial Wilson e John Jay. Wilson começa por contestar o termo de soberania estadual como estranho

⁸¹ - Vide em especial 2 U.S. 419 e 2 U.S. 419, 420.

⁸² - 2 U.S. 419, 479.

⁸³ - Idem «*This is a case of uncommon magnitude*» Associate Justice Wilson 2 U.S. 419, 453.

⁸⁴ - Idem «*I have made no references to cases, because i know of none that are not distinguishable from this case (...). The attention and attachment of the Constitution to the equal rights of people are discernable in almost every sentence of it*». “*Chief Justice*” John Jay 2 U.S. 419, 478.

⁸⁵ - Artº III Secção 2 Cláusula 1 da Constituição Americana. Sublinhados nossos.

⁸⁶ - “*Associate Justice*” Cushing 2 U.S. 419, 467. «*The judicial power, then is expressly extended to “controversies between a State and citizens of another State”(...) The case, then, seems clearly to fall within the letter of the Constitution*». Ainda “*Chief Justice*” John Jay 2 U.S. 419, 477. «*If it is a controversy between them, then it clearly falls not only within the spirit, but the very words of the Constitution*».

à tradição democrática americana: «*To the Constitution of the United States the term SOVEREIGN, is totally unknown*». ⁸⁷

Quem é soberano é o povo e a partir daí desenvolvem a ideia de soberania popular: foi o povo que estabeleceu a Constituição, enquanto ator constituinte e soberano da nação. De tal forma, que cada Constituição estadual é um contrato feito entre o governo e os seus cidadãos, o mesmo se aplica à constituição federal sobre o modo de governo de todo o país. ⁸⁸

Portanto, quem é soberano é o povo e não os Estados uma vez que em primeiro lugar foram os americanos, enquanto povo, que estabeleceram a constituição e também porque os Estados são compostos por pessoas. ⁸⁹ E se, mesmo na eventualidade de os Estados serem de facto soberanos e toda a argumentação anterior estar incorreta, então a partir do momento em que os estados adotaram a constituição Americana abdicaram da sua soberania. ⁹⁰

Se a Constituição Americana atribui jurisdição aos tribunais federais, se a soberania pertence ao povo americano e não aos estados, que são compostos por homens, podem então os estados ser parte em processos judiciais? Os “*justices*” para responder à última e terceira questão revertem a mesma e salientam que os estados já processam os cidadãos de outros estados enquanto parte queixosa. E, se os estados podem processar cidadãos, porque não o inverso? ⁹¹

O próprio artº III, que refere literalmente casos em que o estado seja “*party*”, abrange obviamente não só a parte queixosa como a parte ré, porque se houvesse de facto uma isenção para o estado, tal exceção não seria obviamente declarada? ⁹² Então se os estados podem processar cidadãos de outros estados, se a constituição não prevê expressamente uma isenção para os estados e se a constituição admite ao abrigo do artº III que o estado seja autor de um processo em tribunal federal,

⁸⁷ - “*Associate Justice*” Wilson 2 U.S. 419, 454.

⁸⁸ - «*We the people of the United States, do ordain and establish this Constitution*”. Here we see the people acting as sovereigns of the whole country; (...) Every State Constitution is a compact made by and between citizens of a State to govern themselves in a certain manner; and the Constitution of the United States is likewise a compact made by the people of the United States to govern themselves (...) If then it be true, that sovereignty of the nation is in the people of the nation(...)». “*Chief Justice*” John Jay 2 U.S. 419, 471.

⁸⁹ - «*By a State i mean, a complete body of free persons united together for their common benefit, to enjoy peaceably what is their own, and to do justice to others. It is an artificial person. (...) In all our contemplations, however, concerning this feigned and artificial person, we should never forget, that, in truth and nature, those, who think and speak, and act, are men*» “*Associate Justice*” Wilson 2 U.S. 419, 455. Sobre a concepção de soberania popular de Wilson vide Albert R. Matheny *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, Ob. Cit. pág 1092.

⁹⁰ - «*it folloes that when a State, by adopting the Constitution, has agreed to be amenable to the judicial power of the united States, she has, in that respect, given up her right of sovereignty*» “*Associate Justice*” Blair, 2 U.S. 419, 452.

⁹¹ - «*If a State is entitled to Justice in the Federal Court, against a citizen of another State, why not such citizen against the State, when the same language equally comprehends both?*» “*Associate Justice*” Cushing 2 U.S. 419, 468.

⁹² - «*If it was not the intent, in the very next clause also, that a State might be made a Defendant, why was it so expressed as naturally to lead to and comprehend that idea? Why was not an exception made if one was intended?*» “*Associate Justice*” Cushing 2U.S. 419, 467.

porque não poderá o mesmo ser processado? Não será injusto se tal não acontecer? Obviamente que sim.

Os “*justice*” exemplificam de forma enfática essa possível injustiça. «*A State, like a merchant, makes a contract. A dishonest State, like a dishonest merchant, wilfully refuses to discharge it (...). Upon general principles of right, shall the former when summoned to answer the fair demands of its creditor, be permitted, protus-like, to assume a new appearance, and to insult him and justice, by declaring I am a Sovereign State? Surely not*». ⁹³

O fundamental é sujeitar os estados ao escrutínio judicial, os estados têm de ser submetidos ao mesmo tratamento que é sujeito o cidadão comum e a única forma de o fazer é permitindo que os Estados sejam processados em pé de igualdade com os cidadãos. Não há outra forma de fazer justiça e o próprio Procurador-Geral dos EUA Mr. Randolph demonstra isso «*What if a State should impair her own contracts? These evils, and others which might be enumerated like them, cannot be corrected without a suit against the State (...) I hold it, therefore, to be no degradation of sovereignty, in the States, to submit to the Supreme Judiciary of the United States*». ⁹⁴

Desta forma, o “*Supreme Court*” desmontou estas perguntas e muitas outras decidindo a favor de Chisholm atribuindo-lhe um «*Writ of inquiry*». Com esta decisão poderia ter sido criado um precedente que permitiria que qualquer cidadão de um estado processasse um estado sem o consentimento do mesmo.

Porém, apesar de Chisholm ter na sua posse uma ordem judicial, o Estado da Geórgia não obedeceu àquela decisão. O estado da Geórgia não só ignorou, como não executou a decisão do “*Supreme Court*”. Tal desrespeito é algo de inédito na história da jurisprudência americana e só poderá ser justificado pelo facto de o “*Supreme Court*” ter na altura deste acontecimento menos de cinco anos de vida, assim como ter sido o primeiro grande caso a ser decidido pelo tribunal no período inicial da sua existência, que foi marcado por uma grande fragilidade institucional.

Os estados receberam com pavor esta decisão e em menos de um ano ratificaram a proposta que deu origem à 11ª emenda da Constituição. A emenda limitou a jurisdição judicial e criou uma imunidade estadual nestes casos. Foi a primeira vez e a primeira de apenas duas em que o “*Supreme Court*” viu a sua jurisprudência ser ultrapassada por uma emenda constitucional. ⁹⁵

⁹³ - “*Associate Justice*” Wilson 2 U.S. 419, 456. Sublinhados nossos.

⁹⁴ - Attorney General Mr. Randolph 2 U.S. 419, 422.

⁹⁵ - Vide Charles F. Hobson e John V. Orth em *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, Ob. Cit. respectivamente págs 168 e 290.

A esta doutrina deu-se o nome de imunidade da soberania estadual.⁹⁶ Curiosamente esta 11ª emenda tem por base a construção doutrinária desenvolvida pelo “Associate Justice” James Iredell, o único “Justice” que se opôs a Chisholm no caso contra a Geórgia.

Na visão de Iredell os estados não podiam ser processados por cidadãos de outros estados. Após fundamentar a sua posição no direito inglês invocou ainda o facto de que na sua opinião apenas o poder legislativo poderia garantir e estabelecer a forma pela qual o judicial desempenharia a sua competência. Só com uma lei do congresso poderia o judicial intervir para julgar aquele caso. Porém, não era essa a situação. Nas palavras do próprio Iredell «*This appears to me to be one of those cases, with many others, in which an article of the Constitution cannot be effectuated without the intervention of the Legislative authority*». ⁹⁷

A 11ª emenda levantou obstáculos ao “Supreme Court”, coagiu-o a mudar o entendimento que tinha sobre a questão dos processos contra os estados e da imunidade estadual. Foi portanto obrigado a seguir uma orientação na qual cremos que não acreditava. Para compreender o alcance e intenção da 11ª emenda o “Supreme Court” foi forçado a seguir a posição de Iredell.

Na sequência deste caso o “Chief Justice” John Jay abandona o seu cargo, recusando-se posteriormente a retomá-lo afirmando que ao tribunal faltava «energia, peso e dignidade». ⁹⁸

Assim, o poder judicial federal não terá jurisdição sobre os estados em três situações:

Primeiro, em processos contra os estados interpostos por cidadãos de outros estados;

Segundo, em processos interpostos por cidadãos contra o seu próprio estado. No caso *Hans vs. State of Louisiana* ⁹⁹ de 1890 o “Supreme Court” alarga o âmbito da imunidade estadual e estipula que os cidadãos de um estado não podiam processar o seu próprio estado em tribunais federais;

Terceiro, em processos interpostos por estados ou cidadãos estrangeiros contra os estados federados americanos. Em 1934, no caso *Principality of Monaco vs. State of Mississippi* ¹⁰⁰ o “Supreme Court” decide que os estados federados não poderiam ser processados em tribunais federais por estados estrangeiros, preservando a imunidade estadual e afirmando a soberania do governo federal

⁹⁶ - Idem John V. Orth pág 290. Vide ainda Gary Hartman, *Landmark Supreme Court Cases, The Most Influential Decisions of The Supreme Court of the United States*, Ob. Cit pág 483.

⁹⁷ - “Associate Justice” Iredell 2 U.S. 419, 432. Vide ainda *Landmark Supreme Court Cases, The Most Influential Decisions of The Supreme Court of the United States* ob. Cit pág 483.

⁹⁸ - John Jay citado por Sandra F. VanBurkleo em *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, Ob. Cit. pág 516. Tradução nossa.

⁹⁹ - HANS VS. STATE OF LOUISIANA, 134 U.S. 1 (1890). Relator Associate Justice Joseph Bradley. Vide John V. Orth *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States* Ob. Cit págs 97 e 290. Link em <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=134&page=1>.

¹⁰⁰ - PRINCIPALITY OF MONACO VS. STATE OF MISSISSIPPI, 292 U.S. 313 (1934). Relator Chief Justice Charles Hughes. Link em <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=292&page=313>.

dos EUA: «*Controversies between a State and a foreign State may involve international questions in relation to which the United States has a sovereign prerogative*». ¹⁰¹

Contudo a 11ª emenda, levantou de tal forma a fasquia ¹⁰² que compeliu o “*Supreme Court*” a promover algumas alterações. Como refere John V. Orth existem aproximadamente quatro excepções à doutrina da imunidade de soberania dos estados. ¹⁰³

A primeira, a imunidade abrange apenas e só os estados. Logo as cidades e os condados poderão estar sujeitos a processos em tribunais federais. Segunda, o governo federal poderá interpor ações contra os Estados. Terceira, os estados podem avançar com ações contra outros Estados. Quarta, os estados podem abdicar da imunidade da 11ª emenda desde que o façam de forma explícita e consentam em ser processados. Logo «*no sovereign state is liable to be sued without her consent (...). Undoubtedly a state may be sued by its own consent (...)*». ¹⁰⁴

Inércia

Os tribunais americanos são inertes. Não possuem iniciativa própria, não agem, são passivos. O sistema só atua «*quando para tal é solicitado ou (...) quando a ele se apela. (...) para que ele se mova, é necessário pô-lo em movimento*». ¹⁰⁵ Assim, enquanto não houver um litígio que é levado ao tribunal o mesmo não se ocupa dele. Não procura resolver assaltos ou solucionar homicídios. Só quando lhe trazem a controvérsia a si, pode o mesmo abordar a questão e solucioná-la.

A Ação é Específica

Quem apela aos tribunais federais deve fundamentar a sua pretensão com base numa parte da constituição. Se uma das partes recorrer em abstrato à constituição o mais certo é ver a sua pretensão ser recusada pelo juiz. ¹⁰⁶

Matérias

¹⁰¹ - “*Chief Justice*” Charles Hughes. 292 U.S. 313, 331.

¹⁰² - «*Erected an absolute bar*» “*Chief Justice*” Charles Hughes. 292 U.S. 313, 329.

¹⁰³ - John V. Orth, *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, Ob. Cit. pág 290.

¹⁰⁴ - “*Associate Justice*” Joseph Bradley. 134 U.S. 1, 16.

¹⁰⁵ - Alexis De Tocqueville *Da Democracia na América*, Ob. Cit. pág 140.

¹⁰⁶ - Ambos os argumentos presentes em Departamento de Estado dos Estados Unidos da América, *Perfil do Sistema Judiciário dos EUA* ob. Cit. pág 64 e 66. Vide ainda em Peter J. Messitte, pág 29 de *A Justiça nos dois lados do Atlântico, Teoria e prática do processo criminal em Portugal e nos Estados Unidos da América*, Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento. Outubro de 1998.

Nos EUA os tribunais decidem essencialmente sobre duas grandes áreas do direito, que posteriormente se subdividem em outras: matérias cíveis e penais. Nos processos penais intervém sempre o estado federal ou estadual, que trata de acusar a parte contrária de um crime. É preciso não esquecer que nos EUA vigora o sistema acusatório e que é o governo que formula essa acusação. Para condenar uma pessoa terá de ser determinado o nível de culpa “*beyond any reasanoble doubt*”.

O direito cível nos EUA abrange qualquer violação de disposições legais ou da common law. A área de atuação do cível americano é bastante vasta «*Qualquer acordo violado, qualquer venda que deixa o cliente insatisfeito, qualquer tributo não recolhido, qualquer contenda com um órgão público, qualquer crime de calúnia e difamação, qualquer dano accidental, qualquer dissolução matrimonial e qualquer morte pode ser o facto gerador de um processo civil*». ¹⁰⁷

Nos EUA na área cível existem cinco grandes subdivisões. O direito das obrigações, o direito da família, o direito das sucessões o direito patrimonial e a lei de responsabilidade civil. ¹⁰⁸

Nos processos cíveis, o «*litigante precisa ter legitimidade ad causam*». ¹⁰⁹ No fundo, precisa de ter um interesse direto para a controvérsia em questão.

Apesar da estrutura do processo cível ter semelhanças com o processo acusatório existente em matérias criminais, há pontos diversos, nomeadamente, nos processos cíveis e em matéria de prova e de convicção judicial para a decisão só se torna necessário um juízo probabilístico de «*preponderância de provas*», ¹¹⁰ em que o grau de eventualidade de os factos terem ocorrido se expressa como um juízo de simples maior probabilidade longe, portanto, de um juízo de “forte probabilidade” expresso na fórmula “*Beyond a Reasonable Doubt*”.

Por último os litigantes não possuem uma proteção processual tão abrangente como aquela que é atribuída aos réus, de um processo-crime. ¹¹¹

É interessante observar, que os americanos vêm estas caraterísticas supra mencionadas (o litígio, a parte, a inércia, a especificidade) como autênticas formas de auto-controlo judicial. ¹¹² Ciosos do princípio da separação de poderes receiam que o poder judicial invada a esfera de competências de qualquer outro poder.

¹⁰⁷ - Herbert Jacob citado por Departamento de Estado dos Estados Unidos da América, *Perfil do Sistema Judiciário dos EUA*, ob. Cit. pág 120.

¹⁰⁸ - Idem pág 121 a 126 sobre estas cinco áreas.

¹⁰⁹ - Idem pág 131.

¹¹⁰ - Idem Pág 14 e 131. Termo relativo ao “*standard de prova*”. No fundo é um critério de apreciação de prova.

¹¹¹ - Idem Ibidem.

¹¹² - Nesse sentido, Departamento, de Estado dos Estados Unidos da América, *Perfil do Sistema Judiciário dos EUA*, ob. Cit.pág 63. Ver ainda James B. Stoneking, *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, ob. Cit. pág 151.

CAPÍTULO VI - O PRECEDENTE

O federalismo judicial americano dá uma grande importância ao precedente. O princípio do “*stare decisis*” ou precedente, “*let the decision stand*”, consiste na ideia de que os tribunais inferiores, estaduais ou federais, devem estudar e seguir as decisões anteriormente tomadas pelos tribunais superiores. O precedente obrigatório ¹¹³. Olhar o passado para antecipar o futuro. Trata-se de, como referiu Tocqueville, de «*um poder de opinião*» sendo que esse poder é «*o mais difícil de usar*». ¹¹⁴

Sempre que um caso é decidido num tribunal superior, perante novos factos e a decisão se torna referencial, um “*landmark case*”, os tribunais inferiores estudam esta decisão e perante casos semelhantes, com factos similares, fazem-se guiar pela mesma decisão. A jurisprudência superior torna-se vinculativa (precedentes verticais). Factos podem conduzir a um precedente e a uma regra. Novos factos podem conduzir a regra a um novo precedente e a uma nova regra. O princípio, ao ser aplicado, tem como consequência a estabilidade, previsibilidade e uniformidade do sistema judicial americano ao mesmo tempo que abre as portas a alterações futuras. Ao ser estabelecido o precedente, estabelece-se também uma forma preferencial de interpretação de um caso e da sua respetiva resolução. Quanto ao “*Supreme Court*” o próprio pode alterar, modificar ou extinguir o precedente que criou. ¹¹⁵

Para concretizar melhor o que foi exposto é necessário abordar alguns exemplos.

Em 1878 no caso *Hall Vs Dequir 95 U.S. 485*, o “*Supreme Court*”, derrubando uma lei local, estabeleceu que o estado do Louisiana não poderia segregar racialmente pessoas em viagens de comboio entre estados por terem um peso enorme para o comércio interestadual. Mas em 1890 no caso *Louisville, New Orleans & Texas Railway Co Vs Mississipi - 133 U.S 587*, o “*Supreme Court*” entendeu que o estado já poderia segregar racialmente as pessoas nas viagens de comboio dentro do próprio estado. ¹¹⁶

Na década de 90 do séc XIX, o crioulo Homer Plessy, conhecendo a lei do Louisiana que proibia os “*colored*” (pessoa de cor, no início afro-americanos e nativo-americanos) de andarem em

¹¹³ - Sobre o precedente vide Thomas G. Walker, *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, Ob. Cit. pág 769. Vide no mesmo livro Richard F. Hamm pág 198. Nesse sentido ainda Departamento de Estado dos Estados Unidos da América, *Perfil do Sistema Judiciário dos EUA*, Ob. Cit. pág 211 e 213. Peter J. Messitte em *A Justiça nos dois lados do Atlântico, Teoria e prática do processo criminal em Portugal e nos Estados Unidos da América*, ob. Cit. pág 29 e 30. Por último pág 175 e 176 de José Caramelo Gomes, *Lições de Direito da União Europeia*, Edições Almedina, S.A. Fevereiro de 2011.

¹¹⁴ - Ambas as citações de Alexis De Tocqueville, *Da Democracia na América*, Ob. Cit. pág 191. «*Pode ser dito com verdade que [o poder judicial] não tem Força nem Vontade, mas apenas juízos;*» em Alexander Hamilton, *O Federalista* nº 78 ob. Cit. pág 476. Parêntesis nosso.

¹¹⁵ - Departamento de Estado dos Estados Unidos da América, *Perfil do Sistema Judiciário dos EUA*, Ob. Cit. pág 68, o “*Supreme Court*” «*não se prende (tecnicamente) a precedentes.*»

¹¹⁶ - *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, Ob. Cit. pág 416, 417, 593, 594 e 904.

carruagens de “white only”, adquire um bilhete que tinha por finalidade viajar no estado do Louisiana. Procurou ser intencionalmente preso, o que veio a acontecer por se recusar a mudar de carruagem. Recorreu aos tribunais locais onde arguiu a inconstitucionalidade da lei do Louisiana ao abrigo das Emendas 13 e 14 da Constituição Norte-Americana. Após as suas pretensões serem rejeitadas pelos tribunais do Louisiana, fez subir a sua solicitação ao “*Supreme Court*”.

Neste famoso caso de 1896, *Plessy vs Fergusson* 163 U.S. 537, o “*Supreme Court*” veio a instaurar a famosa doutrina «*separe but equal doctrine*», na qual legitimou a separação racial. O relator “*justice*” Brown afirmou que a separação de raças não implicava que uma das raças fosse inferior, mas que uma delas escolhia perceber as leis desse modo.¹¹⁷ Brown foi um pouco mais longe e permitiu expandir o campo em que a segregação era aceite e amplamente praticada, as escolas, para uma nova área de atuação, os comboios. O “*Supreme Court*”, não declarou a inconstitucionalidade da lei do Louisiana desde que as instalações fossem separadas mas iguais e com esta decisão permitiu a criação da “*de jure segregation*”,¹¹⁸ a segregação racial consentida por lei.

Com base nessa decisão a maioria dos estados sulistas avançou para a criação de instalações segregadas «*and virtually all other places where blacks and whites might meet*»,¹¹⁹ elaborando leis estaduais para o efeito. É preciso não esquecer que este caso surge no rescaldo da guerra civil americana, em que os sulistas brancos procuravam recuperar o poder nos governos estaduais e até da própria sociedade sulista após a derrota militar da Confederação.

Após ter sido determinado o precedente, portanto a constitucionalidade da segregação racial, a decisão tornou-se numa referência para toda a nação. O “*Supreme Court*” decidiu no mesmo sentido em casos subsequentes, nomeadamente em *Cumming Vs. Richmond County Board of Education*, 175 U.S. 528 de 1899. Apesar de já existir a segregação racial nas escolas, como referi anteriormente, este foi o primeiro caso em que o “*Supreme Court*” abordou e legitimou a segregação racial escolar nas escolas públicas. O caso envolvia o encerramento de uma escola secundária criada para afro-americanos pelo conselho de Educação com base em necessidades financeiras, invocadas pelo mesmo, para financiar escolas básicas para afro-americanos. O “*Supreme Court*” recusou interferir invocando

¹¹⁷ - Idem, pág 739 e 740 Walter F. Pratt «*His cardinal postulate was that laws requiring separation of the races did not suggest that one race was inferior. Inferiority, according to Brown, arose only because one race chose to perceive the laws in such a way*». “*Associated justice*” Henry Billings Brown 1836-1913. Apesar de uma vida dedicada à Justiça, este “*Justice*” conservador é usualmente vilipendiado por esta sua decisão, que garantiu o suporte constitucional para as discriminatórias leis Jim Crow. Sobre este “*justice*” vide Francis Helminski de *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, ob. Cit pág 110 e 111.

¹¹⁸ - Idem Paul Finkelman, pág 895 e 896.

¹¹⁹ - Idem, Ibidem.

que os queixosos teriam de provar que havia pelo Conselho Escolar «*hostility to the colored population because of their race*». ¹²⁰

Berea College Vs. Kentucky, 211 U.S 45 de 1908, marcou o alargamento do precedente às escolas privadas pois que se discutia a constitucionalidade de uma lei que permitia a segregação nessas escolas¹²¹. Por fim em *Gong Lum Vs. Rice*, 275 U.S 78 de 1927, inclui-se a ascendência asiática (chinesa em concreto) no conceito de “colored people”. Em função disso foi permitida a segregação de chineses numa escola de brancos.

O precedente criado em *Plessy Vs Fergusson* começou a ser mitigado, levando os primeiros embates na década 30 do séc. XX. O primeiro confronto dá-se com *Missouri Ex Rel. Gaines Vs. Canadá*, 305 U.S. 337 de 1938. Gaines, afro-americano, procurou ser admitido na Universidade do Missouri, devido à ausência de Universidades com cursos de Direito para negros no estado, o que foi recusado pela universidade. O seu advogado solicitou um mandado judicial ao “*Supreme Court*” que obrigasse a universidade totalmente frequentada por brancos a receber Gaines. Foi ordenado que a universidade recebesse Gaines, foram rejeitadas as propostas do estado do Missouri para pagar a Gaines as propinas noutro estado e foi recusada a intenção de criar uma faculdade de direito para negros na Universidade de Lincoln.¹²²

O segundo embate ao precedente sucede com *Henderson Vs U.S*, 339 U.S. 816 de 1950, onde se considerou inconstitucional a segregação em carruagens de jantar nos comboios.¹²³ Porém é com o acordo *Brown Vs Board of Education*, 347 U.S. 483 de 1954, que o anterior precedente é alterado por um novo. Neste caso fundamental, o “*Supreme Court*” declara taxativamente que não há lugar para a doutrina do «*separate but equal*.»

Isto porque o “*Supreme Court*” entendeu que a segregação com base na raça violava os direitos constitucionais e que as instalações escolares separadas eram inerentemente desiguais. Nomeadamente do direito a uma igualdade de educação entre crianças brancas e negras, concluindo que os Estados não podiam segregar com base na raça.

Brown Vs Board é um grande exemplo de como um precedente pode ser alterado com base na evolução do pensamento dos tribunais, designadamente do “*Supreme Court*”, com a chegada de novos

¹²⁰ - 175 U.S. 528, 545. Vide ainda J. Morgan Kousser *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, ob. Cit.pág 241 e 242.

¹²¹ - *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, ob. Cit.pág 106, 359, 896.

¹²² - Idem «*writ of mandamus to compel Gaines’s admission to the all-white law school, and the Supreme Court granted certiorari*». Augustus M. Burns III, pag 646.

¹²³ - Idem Paul Finkelman, pag 896.

juízes e com a própria admissão de interpretações erradas como referiu o associate justice Antonin Scalia.¹²⁴

Aprendemos que o precedente é um princípio muito usado e apreciado pelos norte americanos. Nele recorre-se à reforma progressiva e permanente do direito. Pequenas evoluções são introduzidas de forma gradual. Não há uma mudança radical ou uma revolução no direito. Em certos casos envolve tentativa e erro até chegar a uma solução satisfatória. No fundo vemos o *stare decisis* não só como um princípio, mas também como um método judicial de resolução de casos.

¹²⁴ - Caso *South Carolina Vs Gathers* 490 U.S. 805 de 1989 «“Overrulings of precedent rarely occur without a change in the Court’s personnel,”(...)» 490 U.S. 805, 824.

CAPÍTULO VII - A ESTRUTURA DO FEDERALISMO JUDICIAL AMERICANO

Neste capítulo trataremos da estrutura do federalismo judicial americano e das várias relações entre tribunais federais e estaduais. Sem novidade, o sistema é estruturado como se de uma pirâmide se tratasse.

A Jurisdição Federal ¹²⁵

A competência para criar os tribunais inferiores ao “*Supreme Court*” cabe ao Congresso, nos termos do artº III secção 1 da Constituição Federal. Na jurisdição federal coexistem três instâncias, estabelecidas pela lei do judiciário de 1789 que criou os tribunais federais.

A lei do judiciário de 1789 desenvolveu o costume, ainda em vigor, de respeitar em princípio as fronteiras estaduais ao estipular as circunscrições territoriais dos tribunais de primeira instância. É curioso verificar que até à Guerra Civil a maioria dos conflitos entre leis federais e estaduais eram decididas pelos tribunais estaduais. O fim da guerra civil alterou este panorâma e atribuiu aos tribunais federais todas essas competências. Na primeira instância os EUA foram divididos em distritos, os “*Judicial Districts*”. Neles existem os tribunais distritais, “*district-courts*”, onde é julgada a maioria das controvérsias e é por aqui que a grande maioria delas fica. São estes tribunais que têm competência originária, em quase todas as causas, e são obrigados a decidir das causas, ou seja, não têm um poder discricionário para escolher causas, como possui o “*Supreme Court*”. Estes tribunais são a base do sistema piramidal. Os julgamentos decorrem nesta instância e as causas são decididas apenas por um juiz.

A lei Evarts de 1891 e as leis do Congresso em 1911, constituíram os elementos básicos do atual sistema federal de tribunais de apelação. Na segunda instância encontram-se os “*Circuit Courts of Appeals*”, que correspondem aos nossos Tribunais da Relação. São tribunais de apelação que funcionam como instância de recurso aos tribunais de distrito, tanto em matérias criminais como cíveis. Apreciam em regra as questões de direito e não dos factos. Não têm competência originária para decidir casos. Estes tribunais têm essencialmente duas funções: corrigir e inverter, se necessário, eventuais erros partilhados pelos tribunais de distrito; classificar e preparar os pouquíssimos processos

¹²⁵ - Sobre os procedimentos dos tribunais federais de distrito e circuito, nomeadamente a sua composição, a tomada de decisão, e outros aspectos processuais remeto para Departamento de Estado dos Estados Unidos da América *Perfil do Sistema Judiciário dos EUA*, ob. Cit. pág 36 a 43 e 58 a 62. Vide ainda *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, ob. Cit, pág 121, 234, 235, 595 e 596. Sobre a estrutura judiciária federal vide págs 23 a 38, 98 a 102 de Daniel John Meador, *American Courts*, Saint Paul, Minnesota, West Publishing Co. 1991. Vide por último Peter J. Messitte em *A Justiça nos dois lados do Atlântico, Teoria e prática do processo criminal em Portugal e nos Estados Unidos da América*, ob. Cit. pág 24 e ss.

que poderão subir ao “*Supreme Court*”. As causas, nesta instância, são normalmente decididas por painéis de três juízes. Como acontece com os tribunais de distrito, os tribunais de apelação também são obrigados a decidir das causas.

No topo o “*Supreme Court*” que determina o caminho e as opções do federalismo judicial, funcionando como uniformizador do direito federal.

O Congresso ao criar tribunais seguindo o artº III secção 1 da Constituição Federal está a criar os tribunais que são conhecidos como tribunais constitucionais. Esta nomenclatura abrange as três classes de tribunais, “*District courts*”, “*Circuits of Appeals*” e “*Supreme Court*”. O Congresso criou outros tribunais, ao abrigo do artº I Secção 8, Cláusula 9 da Constituição, como por exemplo o Tribunal Federal Militar de Recursos, o Tribunal Fiscal Federal e o Tribunal de Recurso dos Veteranos, que são apelidados de tribunais legislativos ou “*congressional courts*”. Não têm um poder judicial completo e todos as suas decisões são susceptíveis de recurso direta ou indiretamente, através de outros tribunais, para o “*Supreme Court*” apesar da sua menor relevância para o federalismo judicial. Fazem parte de uma parcela de tribunais especiais, como os militares, de alfândega entre outros que não iremos desenvolver (Vide anexo 1).

Competência Territorial nos Tribunais Federais

Atualmente há 94 distritos e 677 juízes de primeira instância judicial. Tanto que, virtualmente, todos os estados têm um tribunal federal de primeira instância nas suas fronteiras. Estados como por exemplo a Califórnia, o Texas e Nova Iorque, maiores populacional e territorialmente, têm quatro tribunais de distrito. Outros têm três. Territórios como Guam e Puerto Rico têm um cada. Cada tribunal exerce as suas competências no distrito ou circuito correspondente. Na segunda instância, existem 11 tribunais de “*Circuit*”, o “*District of Columbia Circuit*” e o “*Federal Circuit*”, portanto 13 tribunais de apelação e 179 juízes. O circuito territorial dos tribunais de apelação abrange em regra três estados (Vide anexo 2).

Assim, para dar um exemplo prático, Augusta é a capital do Estado do Maine. Caso alguém queira intentar no estado do Maine uma ação sobre uma questão federal deverá interpor a ação em Portland, local da sede do tribunal ou numa delegação na cidade de Bangor e a mesma será decidida, pelo “*United States District Court for the District of Maine*”. Neste caso, o tribunal de distrito abrange todo o estado do Maine, mas nem sempre é assim. Caso queira recorrer da decisão, terá de recorrer para o “*1st Circuit, Court of Appeals*”, com sede em Boston, que abrange os tribunais federais de distrito do Maine, do Massachusetts, de New Hampshire, de Puerto Rico e de Rhode Island.

Competência Material nos Tribunais Federais

O princípio básico de competência material dos tribunais federais é o de que eles são competentes para julgar as leis dos EUA, da Constituição federal, ou de um tratado. Tem, portanto, de existir uma questão federal em disputa. Se um cidadão americano quiser atacar as leis federais dos EUA, ou tendo sido lesado por uma lei estadual, pretender usar a lei federal para se defender terá de recorrer aos tribunais federais.¹²⁶ É da competência originária da jurisdição federal decidir destes casos.

É aqui que os estados federados se irão degladiar entre si. Os americanos de estados diferentes que tenham um litígio podem recorrer também à jurisdição federal, assim como os estrangeiros.

A legislação federal do Congresso tem aumentado ao longo dos anos e a cláusula do comércio ajudou a este facto, originando a entrada de mais processos nos tribunais federais. Esse aumento de pendência reflete-se normalmente nas áreas criminais, como por exemplo o tráfico de droga, armas, roubo de automóveis e assaltos a bancos. Ou em áreas como o direito das patentes ou insolvências. Os tribunais federais não podem decidir sobre processos de divórcio e custódia de crianças.

A maioria dos processos que chegam aos tribunais federais são processos cíveis. O número de processos que dão entrada nos tribunais federais é mais reduzido em comparação com o estadual. Em 2014 deram entrada nos tribunais federais de distrito 358 mil ações e cerca de 55 mil em tribunais federais de circuito.¹²⁷

Jurisdição Estadual¹²⁸

No artigo nº 82 do *Federalista* Alexander Hamilton defendeu que os estados iriam reter “*todos os poderes preexistentes*” naquilo que a Constituição federal não delegasse no poder federal. Como a

¹²⁶ - Alexis De Tocqueville, *Da Democracia na América*, Ob. Cit. pág 185 e 186.

¹²⁷ - Dados do United States Courts, tribunais federais de distrito Table 6.1—U.S. District Courts—Combined Civil and Criminal Judicial Facts and Figures (September 30, 2014), vide link <http://www.uscourts.gov/statistics/table/61/judicial-facts-and-figures/2014/09/30> . Tribunal federais de circuito, Table 2.1—U.S. Courts of Appeals Judicial Facts and Figures (September 30, 2014), link em <http://www.uscourts.gov/statistics/table/21/judicial-facts-and-figures/2014/09/30>

¹²⁸ - Sobre mais especificações, exemplos e números desta jurisdição vide em especial Departamento de Estado dos Estados Unidos da América *Perfil do Sistema Judiciário dos EUA*, ob. Cit, pág 46 a 52. Ainda pág 9 e 14 de Departamento de Estado dos Estados Unidos da América, *Questões de Democracia, Justiça Criminal nos Estados Unidos*, Volume 6 nº 1, Publicação Eletrónica do Departamento de Estado dos Estados Unidos da América. Julho de 2001. Vide William J. Keefe E Morris S. Ogul, *The American Legislative Process, Congress and the States*, Ob. Cit pág 417. Vide também *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States* Ob. Cit. pág 964 e ss. Sobre a estrutura judiciária estadual vide Daniel John Meador, *American Courts*, ob. Cit. págs 10 a 22, 83 a 97.

constituição não retirava aos estados o poder de criar as jurisdições judiciais cabia aos estados conservar a jurisdição que já possuíam.

Os EUA são compostos por 50 estados, logo existem cinquenta estruturas judiciais únicas e todas diferentes entre si. Cada estado é livre de criar os tribunais que quiser, estabelecer as jurisdições que desejar, criar os procedimentos cíveis e criminais que entender. Esse é o princípio básico, cada estado decide como organizar a sua estrutura judicial.

Há estados (Nova Iorque, por exemplo) em que um tribunal de juri é uma Corte Suprema. Há tribunais que, ao contrário do que acontece na jurisdição federal, consideram que os tribunais de circuito são tribunais de primeira instância. Torna-se para nós impossível conhecer as cinquenta jurisdições estaduais. Há estados com jurisdições simples e outros bastante complexos. Deixamos em anexo (nº 3 e 4) dois exemplos, o mais complexo, o da Georgia, e o mais simples, o da Virgínia.

Limitamo-nos a apresentar alguns dos possíveis traços em comum entre elas. Dentro de cada estado podem existir exceções ao que afirmamos. Com a exceção do estado do Louisiana que tem um sistema híbrido de direito civil e common law, todos os estados se regem pela common law. Regra geral, os estados têm pelos menos dois níveis de tribunais de apelação e dois níveis de recursos, mas a apreciação pelo último nível, do Supremo Tribunal Estadual, não é obrigatória. Por norma o Supremo Tribunal Estadual está previsto na Constituição do respetivo estado. Os tribunais inferiores estaduais ou estão previstos na constituição estadual ou são constituídos pelo órgão legislativo correspondente. Os tribunais de primeira instância estaduais são normalmente subdivididos em função da competência, limitada ou geral.

Os tribunais de primeira instância de competência limitada têm uma multiplicidade de designações. Podem ser tribunais municipais, tribunais das cidades, tribunais dos condados, tribunais de pequenas causas, tribunais de menores. O critério é o das causas em questão serem controvérsias ligeiras, de infrações mais leves (habitualmente “misdemeanors”), em que o valor da causa nunca ultrapassa um determinado montante monetário ou a pena de prisão não ultrapassa um ano. Por exemplo: infrações de trânsito, divórcios ou processos de menores (Kentucky). Há estados que têm tribunais específicos de menores (Carolina do Sul). Nestes tribunais, a carga processual é sempre muito elevada e superior aos tribunais de primeira instância estaduais de competência geral. O recurso pode ou não ser admitido. Caso seja, normalmente é enviado para um tribunal de primeira instância de competência geral.

Os tribunais de primeira instância estaduais de competência geral tratam de processos cíveis e criminais mais graves e importantes (habitualmente os “*felony*”). São o equivalente estadual dos tribunais federais de distrito. Apelidados de “*superior courts*”, ou de “*district courts*”, podem decidir

originariamente da causa ou em recurso, mas tudo isto depende grandemente de cada estado. Em muitos estados, mesmo decidindo em recurso, podem voltar a apreciar a causa através de novo julgamento. A sua circunscrição territorial está normalmente associada à divisão política do condado. Os juizes podem ainda ter de percorrer todo o território do condado e fazer audiências em vários sítios, ao invés de realizar sessões, sempre no mesmo tribunal. Pode haver ou não especializações em processos cíveis ou penais. O recurso é enviado para os tribunais de segunda instância.

Os tribunais de segunda instância são apelidados de tribunais de recurso estaduais, ou “*Court of Appeals*”, na maioria dos casos. Apesar de serem uma criação recente de inícios do séc XX a verdade é que a maioria dos estados já os tem (entre 38 a 45 estados). Consoante os estados podem existir múltiplos tribunais de segunda instância. Podem existir tribunais especializados em matérias criminais ou cíveis (por exemplo o Alabama, um para cada), ou o tribunal receber todo o tipo de matérias (a Geórgia). São usados como tribunais de apelação das decisões dos tribunais de primeira instância e ajudam a aliviar o volume de processos dos Supremos Tribunais Estaduais. Três é o número habitual de um painel de juizes. Por exemplo, a Califórnia, tem 88 juizes para seis tribunais de apelação.

No vértice superior da pirâmide, temos o Tribunal Superior Estadual. Cada estado poderá ter a sua designação própria, de Suprema Corte de Apelações (Virgínia Ocidental), ou Suprema Corte Judicial (Maine), ou Corte das Apelações (Nova Iorque), entre outras. Cada estado tem o seu Supremo Tribunal Estadual, com a exceção do Texas e do Oklahoma que tem dois Supremos, um para matérias cíveis e outro para assuntos penais. Muitos funcionam de forma semelhante ao “*Supreme Court*”, chegando-lhe os casos através de pedidos dos litigantes, após uma decisão do tribunal de segunda instância ou por uma certificação do tribunal de segunda instância. Os Supremos Tribunais Estaduais escolhem os casos que pretendem decidir (revisão discricionária), há um número reduzido de Conselheiros (apelidados também de “*Justices*”) e até o procedimento de análise e processamento dos casos é parecido ao “*Supreme Court*”. Os Supremos Tribunais estaduais funcionam ainda como últimos árbitros das leis estaduais. Há sempre a possibilidade de uma decisão de um supremo tribunal estadual poder ser alvo de recurso para o “*Supreme Court*”.

Nos estados que não tenham tribunais de segunda instância o Supremo Tribunal Estadual poderá apreciar casos vindos diretamente de tribunais de primeira instância.

Os Supremos Tribunais Estaduais irão refletir nas suas decisões as opções políticas, constitucionais, legislativas e sociais existentes em cada estado. Não haverá uma uniformização obrigatória de decisões judiciais entre dois estados distintos. Logo, é perfeitamente natural que em dois estados vizinhos dois Supremos Tribunais estaduais decidam sobre um mesmo assunto formulando

uma opção judicial completamente distinta. O que num estado pode ser aceite e admitido, no outro poderá ser completamente proibido.

Competência Material nos Tribunais Estaduais

Existem muitas áreas que são quase exclusivamente reservadas aos tribunais estaduais, áreas como o direito de família, casamentos, divórcios e grande parte das disputas contratuais e processos penais. O Direito estadual é sempre mais extenso e densificado que o federal. Os processos que correm nos estados são sempre em número superior aos federais. Entre 15 a 29 milhões de processos dão entrada anualmente em tribunais estaduais de primeira instância em todos os EUA, comparado com os 358 mil na primeira instância federal.

Aspeto Final

Nos EUA, existe uma dualidade de jurisdição federal e estadual, uma coexistência paralela de ambas as jurisdições. O grande volume de leis existentes a nível federal e estadual significa que para uma determinada situação jurídica se possam aplicar leis federais e estaduais, possibilitando a concorrência de jurisdição federal e estadual para julgar um determinado caso. Não desenvolveremos o tema do conflito de competência territorial americano, por extravasar o âmbito do presente trabalho.¹²⁹

¹²⁹ - Remeto para Daniel John Meador, *American Courts*, ob. Cit. pág 38 a 53.

CAPÍTULO VIII - RESPONSABILIZAÇÃO DEMOCRÁTICA DO PODER JUDICIAL

«A concepção majoritária desconfia do escrutínio judicial» uma vez que consideram que o «*escrutínio judicial é antidemocrático*».¹³⁰ Esta concepção do caráter do poder judicial traduz-se nos sistemas democráticos em três receios.¹³¹

Primeiro, que o poder judicial não é democrático, porque não realiza eleições, porque não se submete à opinião da maioria, ou ainda porque tem poucos mecanismos de controlo. Trata-se essencialmente da questão da *accountability* democrática dos tribunais.

Segundo, e este sucede em especial nos EUA, que o judicial é antidemocrático porque - tem através do “*judicial review*” - o poder de afastar leis que foram democraticamente construídas pelo poder legislativo.

Por último, o receio que as decisões dos tribunais se traduzam num *ativismo judicial* também designado por *judicialização* da política. Tratarei neste capítulo do primeiro e do terceiro receio. O segundo receio será remetido para o capítulo da “*judicial review*”.

Todas as nações no mundo aplicam, de uma forma ou de outra, a justiça ao seu povo. A forma como as nações enquadram o poder judicial na relação com os outros poderes é que as distingue umas das outras. Aquelas que o tornam independente serão as nações democráticas, aquelas que o integram no poder executivo ou legislativo serão obviamente nações ditatoriais.¹³²

Cremos ainda que, dentro das nações democráticas, quanto mais forte for o poder judicial, mais democrático será o país. Não queremos com isto afirmar que o poder judicial é o elemento único e fundamental que determina se uma nação é ou não é uma democracia. Queremos apenas afirmar que perante um “*standard*” mínimo de elementos democráticos, como eleições livres, divisão tripartida de poderes, existência de partidos livres, entre outros, o que distingue a qualidade de uma democracia para melhor será sempre a força e a independência do poder judicial. A qualidade de uma democracia está inexoravelmente associada a um poder judicial livre e forte.

¹³⁰ - Respetivamente págs 392 e 403 de Ronald Dworkin, *Justiça para Ouriços*, Edições Almedina, SA. Novembro 2012.

¹³¹ - Sobre estes receios vide pág 77 e 87 de Pedro Carlos Bacelar de Vasconcelos, *A Separação dos Poderes na Constituição Americana, do Veto Legislativo ao Executivo Unitário- A Crise Regulatória*, Coimbra Editora. 1994. Vide ainda Paul n. Cox, «John Hart Ely, Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review», *Valparaiso University Law Review*, Volume 15, Number 3, Valparaiso University, Spring 1981, por último vide André Ramos Tavares, «A Constituição é um Documento Valorativo?», *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, RBDC Nº 9, Jan/Jun. 2007,.

¹³² - «*Também não há liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e o do executor. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executor, o juiz poderia ter a força de um opressor.*» Montesquieu, *Do Espírito das Leis*, Ob. Cit pág 306.

Deslocamos agora a atenção para a finalidade do poder judicial.

Não deixa de ser, no entanto, contraditório que o poder judicial, aquele que é o diferenciador da qualidade da democracia seja o poder que visto de fora apareça como o menos democrático. Mas isto é apenas aparente, nomeadamente pela forma como o seu poder é exercido e à finalidade intrínseca do poder judicial. Os outros poderes, que são por norma muito mais poderosos e se dedicam à prossecução do bem comum de uma nação, precisam forçosamente de mecanismos de controlo democráticos, de forma a serem controlados e impedir derivas tirânicas.

Ao invés a finalidade do poder judicial é distinta. A sua finalidade é aplicar a justiça. A justiça pela sua imparcialidade, seriedade e importância não deverá ser sujeita aos ditames de uma multidão, que estará certamente imbuída das suas próprias paixões e convicções. O desejo de submeter todos os poderes a controlos eleitorais de uma população não deverá por princípio prevalecer no caso do poder judicial. E isso deve-se a um simples facto, a justiça nunca será democrática ¹³³.

Perante esta capa aparentemente não democrática o poder judicial esconde a sua verdadeira natureza democrática de duas formas. Primeiro, pela maneira como aplica a justiça a todos e defende a liberdade. Sem distinguir entre rico e pobre, entre o fraco e o poderoso. Segundo, pela atitude com que desempenha a sua função, de forma deliberativa, argumentativa e racional. Com os seus intervenientes trocando argumentos e sujeitando qualquer tema a discussão, o que é isto se não a democracia na sua forma mais pura? A ideia democrática do debate. «*A ideia definidora da democracia deliberativa é a própria ideia de deliberação. Quando os cidadãos deliberam, trocam pontos de vista sobre questões políticas públicas e debatem as razões que sustentam essas opiniões*». ¹³⁴

Sobre o Primeiro Receio, Controlar o Poder Judicial

Admitimos que temos uma grande admiração pelo poder judicial. Por outro lado, não vemos uma necessidade urgente e premente de limitar nas democracias um poder que é intrinsecamente deprovido de ambições ao poder, ao contrário do que sucede com os outros dois poderes. O judicial é como referiu Thomas Jefferson um cordeiro no meio de lobos “*Democracy is two wolves and a lamb voting on what to have for lunch*”.

¹³³ - «*A justiça não é, pois, democrática*». Pág 258 de João César das Neves, *Portugal esse Desconhecido*, 1ª Edição, Publicações Dom Quixote. 2014.

¹³⁴ - Pág 172 de John Rawls, *A Lei dos Povos e «A Ideia da Razão Pública Revisitada»*, Edições 70,Lda. Março de 2014. Vide ainda «*Havia-se igualmente colhido dos tribunais a ideia de que qualquer assunto está sujeito a debate e qualquer decisão a apelo (...)*» em Alexis de Tocqueville, *O Antigo Regime e a Revolução*, Ob. Cit. pág 110.

O poder judicial é o poder mais nobre, prudente, esclarecido e democrático de todos. Basta olhar para a história da humanidade e confirmar que nunca existiu uma tirania do poder judicial.¹³⁵ O poder judicial impede tiranias, não as constrói. Seria até um paradoxo que a ambição do poder judicial conduzisse uma nação democrática à ditadura. Todas estas crenças derivam da forma como o poder judicial está estruturado em si mesmo. Uma forma interna de controlo do poder que mais nenhum poder tem.

Nos EUA e virtualmente em todo o mundo democrático o poder judicial é o poder desconcentrado e descentralizado por excelência. Por exemplo, enquanto nos EUA o poder executivo federal é atribuído a um homem que tem uma administração ao seu dispor, enquanto todo o poder legislativo federal é dividido em duas câmaras, nos mesmos EUA o poder judicial federal é dividido em mais de uma centena de tribunais. O mesmo raciocínio poderá ser aplicado ao nível estadual. Podemos então afirmar que nos EUA o poder executivo é atribuído a dezenas de homens, o poder legislativo a centenas de homens, mas o judicial a milhares de homens.

O poder judicial é portanto o poder mais fragmentado que existe. Daí que para o judicial seja necessário agir de forma contrária aos outros poderes. É necessário concentrar o seu poder para fortalecê-lo e não fragmentá-lo ainda mais, uma vez que ele já está naturalmente dividido. Com os outros poderes, temos de agir da forma oposta e fragmentá-los, uma vez que se encontram concentrados. Por isso é que nos EUA o poder legislativo tem em regra duas câmaras e o judicial apenas um Supremo. Dentro das referidas jurisdições federais e estaduais existem ainda os tradicionais três níveis “hierárquicos”. Os tribunais de base, os de apelação e o Supremo. Na prática, cada juiz é o senhor do seu tribunal e esse tribunal será o seu castelo. O seu poder é reduzido à circunscrição judicial do seu tribunal, logo é reduzido espacialmente. É ainda reduzido temporalmente uma vez que só poderá aplicar o seu poder no período em que decide o caso. Será ainda limitado materialmente, uma vez que não poderá aplicar o seu poder a casos que ainda não lhe chegaram ou que são da competência de outro juiz, ou que são de matéria diferente àquela a que ele pode aplicar o seu poder. O poder do juiz é totalmente limitado, temporalmente, espacialmente e materialmente ao caso que tem para decidir. Uma vez tomada a decisão, ela é sujeita ao mais duro escrutínio dos seus pares, dos outros intervenientes judiciais e da própria imprensa. Mesmo uma decisão iluminada pelo mérito é sempre passível de recurso.

¹³⁵ - «(...)o poder judicial, pela natureza das suas funções, será sempre o menos perigoso para os direitos políticos da Constituição; porque será o menos capaz de molestá-los ou de lhes causar dano (...) como a liberdade nada pode ter a recear do poder judicial isoladamente » Alexander Hamilton, *O Federalista* nº 78 ob. Cit. pág 476. Sublinhados nossos. Aparentemente em sentido oposto Paulo Castro Rangel *Repensar o Poder Judicial, Fundamentos e Fragmentos*, Ob. Cit. pág 55 « *se se desconfia do poder do administrador, se se teme o poder do legislador, não há nenhuma razão para cegamente confiar no poder dos juízes.* »

Todavia, certamente mais sabiamente do que nós, os americanos sabem que os poderes são exercidos por pessoas. Pessoas com ambições, desejos e más intenções. Pessoas que não têm uma visão tão platónica do poder judicial como a nossa, como o poder gera ambição, como o poder corrompe, como o poder é perigoso, é necessário estender também ao judicial, formas de controlo¹³⁶. Porque também ele tem poder.

Auto - Controlo

O controlo do poder judicial poderá ser um auto controlo ou um hétero controlo. O auto controlo funciona através de mecanismos internos que limitam a obtenção de poder potencialmente despótico ou o poder absoluto do judicial. Como já indiquei anteriormente, o poder judicial é um poder fragmentado, desconcentrado, descentralizado, limitado espacialmente, temporalmente e materialmente. Podemos incluir todos estes elementos como formas de auto controlo.

No capítulo das caraterísticas do poder judicial, escrevemos sobre: litígio, partes, inércia e especificidade, como formas de auto controlo judicial, porque assim são vistas pelo próprio sistema judicial americano. Sobre este ponto remeto então para algumas considerações do respetivo capítulo.

Segundo os americanos, existem cinco formas de auto controlo judicial base: *standing*, *ripeness*, *mootness*, *advisory opinions* e *political questions*.¹³⁷ Todos eles se baseiam no artº III da constituição americana.

Standing significa que os tribunais só devem apreciar causas [ideia de interesse processual] onde existam danos (*injury-in-fact*).¹³⁸

Ripeness quer significar que a controvérsia terá de ser atual. Não são admitidas controvérsias hipotéticas ou futuras. O caso terá de ser atual e real.¹³⁹

Mootness traduz a ideia de que a controvérsia em apreço é uma questão discutível naquele presente momento.¹⁴⁰

¹³⁶ - Nenhum poder deve ficar totalmente desligado de outro, nem nenhum poder deve ser dominado ou possuir uma influência determinante sobre outro. Vide James Madison, *O Federalista* nº 48 ob. Cit. pág 311. « *Se os homens fossem anjos nenhuma espécie de governo seria necessária. Se fossem os anjos a governar os homens, não seriam necessários controlos externos nem internos (...)* » em James Madison, *O Federalista* nº 51 ob. Cit. pág 326.

¹³⁷ - Guiámo-nos pela orientação de Stanley C. Brubaker em *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, Ob. Cit. pág 542.

¹³⁸ - Idem Mary V. Tushnet pág 956 e ss ainda Stanley C. Brubaker pág 542.

¹³⁹ - Idem. Sobre este tema, James B. Stoneking pág 859 e Stanley C. Brubaker Pág 542.

¹⁴⁰ - Idem. Sobre esta temática, William M. Wiecek Pág 652 e Stanley C. Brubaker Pág 542.

Advisory opinions manifesta o princípio de que, em regra, os tribunais não emitem opiniões consultivas. Pode acontecer, no entanto, que certas constituições estaduais permitam essa função para o supremo tribunal estadual.¹⁴¹

As *political questions* sempre foram vistas como formas de auto limitar o poder judicial. Sobre este tema remeto para o capítulo que será mais à frente abordado da judicialização da política.

Existem ainda outros mecanismos de controlo judicial. Por exemplo, o facto de o acórdão ser decidido em coletivo é uma forma, muito eficaz, de controlar opiniões mais radicais. Uma vez que se coloca perante a censura dos próprios pares. Isso não quer dizer que não possam emergir decisões perigosas, mas as decisões em coletivo limitam até certo ponto estas situações.

As *dissenting opinion*¹⁴² (voto de vencido) também funcionam como mecanismos de controlo. Nelas, o juiz ou juízes discordam da decisão tomada. Seja uma discordância total ou apenas parcial. O juiz que se junta à minoria, terá de fundamentar as suas objeções, para tentar derrubar os argumentos da maioria, caso os considere incorretos. Ao apresentar os seus argumentos, força muitas vezes a maioria, a melhorar os aspetos mais frágeis da sua argumentação, como reconhece Scalia: «*the first draft of a dissent often causes the majority to refine its opinion, eliminating the more vulnerable assertions and narrowing the announced legal rule*».¹⁴³

O próprio *dissent opinion* é elaborado com uma esperança, que no futuro os tribunais ou os próximos decisores adotem a sua posição. Muitas vezes os próprios argumentos do *dissenting opinion* são usados como argumentação em casos posteriores por outros intervenientes. Noutras o próprio “*Supreme Court*” faz marcha atrás e adota como sua posição, em casos posteriores, as opiniões sufragadas em votos de vencido.¹⁴⁴

Hétero - Controlo

¹⁴¹ - Idem. Joan R. Gundersen pág 21 e ainda Stanley C. Brubaker Pág 542.

¹⁴² - Sobre o “*Dissenting vote*” e a evolução da sua história vide Lawrence Baum em. *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, Ob. Cit pág 264 e ss. Vide ainda Paulo Castro Rangel. *Repensar o Poder Judicial, Fundamentos e Fragmentos* Ob. Cit ,pág 89 e ss. Vide por último J. Ramos «*Judicial Review, O Sonho Americano*»,ob. Cit. pág 178.

“*Dissent Opinion*” é diferente de “*Concurring opinion*”. Neste último concorda-se com a opinião da maioria, discorda-se da forma ou das opções legais tomadas para chegar a essa conclusão.

¹⁴³ - Lawrence Baum citando “*Justice*” Scalia *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, Ob. Cit. Pág 265.

¹⁴⁴ - Idem, Ibidem.

Sobre o poder judicial existem ainda formas externas de controlo. Em especial quatro formas de controlo: ¹⁴⁵ o “*impeachment*”, as nomeações, o juri e as eleições.

Do “*Impeachment*”

O “*Impeachment*” é uma forma de controlo político dos juízes e a forma principal de remover juízes das suas funções. Foi uma figura criada em especial para funcionários de alto escalão do estado, incluindo o presidente, que abrange também todos os juízes. Por crimes de «*Treason, Bribery, or other high Crimes and Misdemeanors*». ¹⁴⁶ Processo esse que se inicia na Câmara dos Representantes e termina no Senado. ¹⁴⁷

Na prática, o “*impeachment*” é um julgamento político. Porque, em primeiro lugar, julga-se a pessoa pelo ato que denegriu o cargo público que exercia. O julgamento é realizado no Senado, que exerce temporariamente o poder judicial. Mas esse poder é limitado apenas ao julgamento político. Tanto que a pessoa condenada por “*impeachment*” tem como pena o afastamento do cargo que exercia. O ato de afastar a pessoa é político. Ao remover a pessoa do cargo acaba-se o julgamento político. As consequências criminais virão depois em tribunais comuns. ¹⁴⁸

Até hoje apenas um juiz do “*Supreme Court*”, “*Justice*” Chase, ¹⁴⁹ foi alvo de um processo de “*impeachment*”, tendo sido absolvido. Os processos de “*impeachment*” são mais comuns nos tribunais inferiores. ¹⁵⁰ A nível estadual, a maioria dos estados americanos segue o que está estipulado na

¹⁴⁵ - Existe ainda o controlo disciplinar que não nos interessa aqui desenvolver. Remetemos para Paulo Castro Rangel *Repensar o Poder Judicial, Fundamentos e Fragmentos* Ob. Cit.,pág 76 e ss desenvolvimentos deste tema.

¹⁴⁶ - Artº II Secção 4 da Constituição Americana, pág 26 de Lexis Nexis, *The United States Constitution*, Edição 2011/2012 ed. Sobre o “*Impeachment*” vide de Paulo Castro Rangel *Repensar o Poder Judicial, Fundamentos e Fragmentos*, Ob. Cit. págs 52 a 55.

¹⁴⁷ - Vide Artº I Secção 2, Cláusula 5 da Constituição Americana. Vide ainda Departamento de Estado dos Estados Unidos da América, *Perfil do Sistema Judiciário dos EUA*, Ob. Cit. pág 152.

¹⁴⁸ - Vide Artº I Secção 3, Cláusula 6 e em concreto Cláusula 7 da Constituição Americana. Vide em especial a posição de Alexis de Tocqueville, *Da Democracia na América*, pág 124 e 147 e ss e ainda Paulo Castro Rangel *Repensar o Poder Judicial, Fundamentos e Fragmentos*, Ob. Cit. pág 58.

¹⁴⁹ - Sobre o processo altamente politizado do “*Justice*” Chase vide Richard E. Ellis em *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, Ob. Cit.pág 488.

¹⁵⁰ - Vide *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, Ob. Cit. pág 488 e 489. No livro de William J. Keefe E Morris S. Ogul, *The American Legislative Process, Congress and the States*, Ob. Cit. pág 416 e nota nº 13, fala-se apenas em 9 juízes federais alvo de “*impeachment*”, a maioria dos quais foram absolvidos, desses apenas 4 juizes federais foram condenados por “*impeachment*”, o ultimo dos quais em 1936. No livro Departamento de Estado dos Estados Unidos da América, *Perfil do Sistema Judiciário dos EUA*, Ob. Cit.pág 152, fala-se em 7 juizes federais condenados por “*impeachment*”. Fala-se novamente em 7 juizes federais condenados por impeachment em Paulo Castro Rangel *Repensar o Poder Judicial, Fundamentos e Fragmentos*, Ob. Cit. nota 79 da pág 54 que usa informação de Henry Abraham. 4 ou 7 juizes federais condenados desde o nascimento desta nação, não é relevante a diferença. Percebe-se que são raros os casos, seja qual for o número verídico. A nível estadual em 17 estados até 1960, apenas foram condenados 19 juizes por impeachment William J. Keefe E Morris S. Ogul, *The American Legislative Process, Congress and the States*, Ob. Cit. pág 416.

constituição sobre “*impeachment*”.¹⁵¹ Também aqui os casos mais frequentes dão-se ao nível da base dos tribunais.

Das Nomeações

As nomeações são ainda outra forma de controlar o judicial. As nomeações dos juízes federais são então o método de escolha, que se tornou regra para os tribunais federais pois que, ao abrigo do “*appointment power*”,¹⁵² o presidente escolhe os candidatos a juízes federais.

Os candidatos serão ou não confirmados pelo Senado. Caso o candidato a juiz federal seja confirmado, será então nomeado definitivamente. É importante não esquecer que a nível estadual os juízes podem ser também nomeados, porém isso dependerá sempre das preferências de cada estado e do método que cada Estado impôs na escolha dos seus juízes estaduais.¹⁵³

Regressando às nomeações federais, existe a tradição de ser o Presidente a dar mais atenção às nomeações do “*Supreme Court*”. O presidente, em regra, apoia-se no Departamento de Justiça, no Procurador-Geral e na American Bar Association (ABA) para efetuar a escolha mais correta.¹⁵⁴

Na escolha de candidatos para o “*Supreme Court*” todos os critérios são alvo de escrutínio: as preferências políticas, religiosas; o sexo e a raça dos candidatos; o estado de onde provêm; as qualidades jurídicas e intelectuais. Mas, ainda mais interessante, é o facto de não existirem requisitos formais que delimitem ou excluam qualquer candidato, pois que tudo dependerá da vontade do Presidente para ocupar aquele cargo e da triagem efetuada.

Quanto às nomeações para os “*District Courts*” (só para estes, já não para os de recurso), incumbe a indicação aos senadores e aos líderes locais, sendo depois “aprovadas” pelo Presidente. A

¹⁵¹ - Fala-se em 46 constituições que prevêm “*impeachment*”, como acontece na constituição federal, vide Paulo Castro Rangel, *Repensar o Poder Judicial, Fundamentos e Fragmentos*, Ob. Cit. pág 53 nota 76.

¹⁵² - Sobre as nomeações e o poder de nomear ver as seguintes obras Alexis de Tocqueville, *Da Democracia na América*, ob. Cit. pág 181. Vide Paulo Castro Rangel *Repensar o Poder Judicial, Fundamentos e Fragmentos*, Ob. Cit. pág 61 a 65. Ver Departamento de Estado dos Estados Unidos da América, *Perfil do Sistema Judiciário dos EUA*, ob. Cit. pág 144 a 149. Cfr William J. Keefe E Morris S. Ogul, *The American Legislative Process, Congress and the States*, Ob. Cit. pág 412 a 416. Vide ainda *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, Ob. Cit., pág 48 a 50 e 896 a 899. Lourenço Freitas fala em “*appointment clause*” em Lourenço Vilhena De Freitas, *O Modelo Jurídico- Institucional da União Europeia, Aproximação a um Modelo Pós-Confederal*, ob. Cit. pág 25.

¹⁵³ - Vide Elliot E. Slotnick *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, Ob. Cit. pág 896. O livro Departamento de Estado dos Estados Unidos da América, *Perfil do Sistema Judiciário dos EUA*, Ob. Cit. pág 156 fala em “*apenas alguns estados*” que escolhem os juizes pela nomeação. O livro William J. Keefe E Morris S. Ogul, *The American Legislative Process, Congress and the States*, ob. Cit. pág 415 fala em 25% dos estados que escolhem os juizes envolvendo o legislativo, logo pode ser em princípio o método de nomeação.

¹⁵⁴ - A própria ABA qualifica os candidatos como «*não qualificado*», «*qualificado*» e «*bem qualificado*». Sobre o método de escolha dos juizes federais e a sua triagem vide Elliot E. Slotnick *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, Ob. Cit. pág 896. Vide Departamento de Estado dos Estados Unidos da América, *Perfil do Sistema Judiciário dos EUA*, Ob. Cit. Pág 146 e ss . Por último Paulo Castro Rangel Ob. Cit. *Repensar o Poder Judicial, Fundamentos e Fragmentos*, Ob. Cit. pág 51e 63 a 71.

esta situação é dada o nome de “*cortesia do Senado*”. «*Segundo a cortesia do Senado, os senadores do partido político do presidente que são do estado de origem do indicado, são consultados sobre o candidato (...). Ao expressar a sua opinião sobre um candidato em particular, esses senadores têm nas mãos a possibilidade de vetar a indicação*». ¹⁵⁵

A cortesia do senado tem como objetivo evitar a nomeação de um juiz que seja «*personally obnoxious to a home-state senator*». ¹⁵⁶ Tradicionalmente o senado segue as escolhas do Presidente, a não ser que haja uma razão de força maior que impeça a sua nomeação. ¹⁵⁷ Por fim, a escolha dos juízes federais depende da maioria ¹⁵⁸ do senado e as nomeações para o “*Supreme Court*”, por exemplo, são sempre alvo de grande controlo político e de escrutínio da imprensa nacional.

Do Júri

Sabemos que a justiça não é democrática. Mas isso não impede o poder judicial de introduzir no seu interior, mecanismos de controlo democráticos e o júri é um deles. O júri funciona como a introdução da ideia de democracia, mesmo no seio do poder judicial. Só que esta ideia tem de ser limitada e enquadrada no poder judicial, porque é perniciosa. Não se pode permitir que milhares de pessoas participem na decisão. Daí que o júri seja apenas uma ficção do povo americano representada entre seis a vinte e três pessoas. Desta forma evitam-se as paixões arrebatadoras de uma multidão. Depois, o júri é ainda enquadrado através de instruções sobre a sua função. Ou seja é ensinado sobre quais são os seus poderes e sobre qual é o seu dever, dos quais ele não se pode afastar. Para além disso, existe ainda, o controlo do juiz sobre a atuação do júri. A atuação do júri é por isso benéfica, mas extremamente controlada, tanto que a decisão de um júri pode ser anulada.

¹⁵⁵ - Em Departamento de Estado dos Estados Unidos da América, *Perfil do Sistema Judiciário dos EUA* ob. Cit. pág 146.

¹⁵⁶ - A nossa posição e a citação segue a orientação dos livros que irei indicar. O início da cortesia do Senado, sucedeu quando George Washington tentou nomear alto funcionário do Estado da Geórgia e os dois senadores desse estado recusaram a sua escolha. Em solidariedade todo o senado se opôs à nomeação. A partir daí passou a ser tradição consultar os senadores do estado de origem dos justices. Sobre esta história, sobre a cortesia do senado e sobre a citação indicada vide então Henry J. Abraham, *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, Ob. Cit. pág 902 e 903. Vide ainda William J. Keefe E Morris S. Ogul, *The American Legislative Process, Congress and the States*, Ob. Cit. pág 414 e ss.

¹⁵⁷ - Tanto William J. Keefe E Morris S. Ogul, *The American Legislative Process, Congress and the States*, Ob. Cit pág 414, como Elliot E. Slotnick *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, Ob. Cit pág 896, falam em 80% dos indicados para o “*Supreme Court*” serem aceites. Sendo que as recusas são na sua maioria anteriores a 1900 e baseadas em vinganças pessoais. A rejeição por falta de qualificação técnica e pessoa é rara.

¹⁵⁸ - Nesse sentido Departamento de Estado dos Estados Unidos da América, *Perfil do Sistema Judiciário dos EUA*, Ob. Cit. pág 149.

«O júri é uma instituição política e é sempre necessário adoptarmos este ponto de vista para o podermos apreciar».¹⁵⁹ O Júri é, portanto, uma instituição que atribui ao povo o poder de julgar, o poder de decidir, no âmbito de um processo judicial.

A instituição do júri está prevista na constituição. A 7ª emenda prevê o julgamento por júri nos processos civis. A 6ª emenda e o artº III secção 2 cláusula 3 prevêem o julgamento por júri para processos criminais. Os jurados são escolhidos no povo por sorteio e a decisão que daí advier resulta de um processo democrático de votação.

A forma como o júri é percecionado nos EUA é muito importante, uma vez que incute no povo o respeito pelo direito e o amor à liberdade: «Ele [o júri] difunde em todas as classes o respeito pelo facto julgado e pela ideia do direito. Sem estas duas coisas, o amor pela independência não passará de uma paixão destrutiva».¹⁶⁰ O júri «ensina a cada homem a não recuar perante a responsabilidade dos seus próprios actos; (...) E atribui a cada cidadão uma espécie de magistratura, fazendo sentir a todos que têm direitos a observar para com a sociedade e que fazem parte do seu governo».¹⁶¹

Devido a estas características os americanos adotaram este instituto como algo próprio. Logo, não é de surpreender que, 95 % dos julgamentos com júri, no mundo inteiro, sejam realizados nos EUA.¹⁶²

Existem dois tipos de júri. O “*Grand Jury*”, para avançar com a acusação e o “*Petit Jury*”, já no julgamento.

Antes de um caso chegar a julgamento há a possibilidade de, em certo tipo de crimes, existir um “*Grand Jury*”, que tem a duração de entre três a dezoito meses. Durante esse período, dezasseis a vinte e três cidadãos ouvem os argumentos de um procurador numa multiplicidade de casos e determinam se em cada um «*existe causa provável para que o acusado seja submetido a um julgamento*».¹⁶³

O “*Grand Jury*” serve, como foi afirmado em *Wood Vs Geórgia*, para proteger os inocentes de acusações persecutórias, maliciosas e para realmente apurar se existe um caso contra aquela pessoa, ou

¹⁵⁹ - Tocqueville, sobre o juri e as suas muito pertinentes observações sobre a natureza e os benefícios do juri, Alexis de Tocqueville, *Da Democracia na América*, Ob. Cit. pág 321. Vide ainda, *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States* ob. Cit. pág 920 e 1027. Ver Alexander Hamilton *O Federalista*, ob. Cit. Nº 83 pág 507 e ss. Por último pág 49 e ss de Paulo Castro Rangel, *Repensar o Poder Judicial, Fundamentos e Fragmentos*, Ob. Cit.

¹⁶⁰ - Alexis De Tocqueville, *Da Democracia na América* Ob. Cit. pág 323. Parêntesis nosso.

¹⁶¹ - Idem pág 324.

¹⁶² - Peter W. Sperlich vide *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, Ob. Cit. pág 733.

¹⁶³ - Em Departamento de Estado dos Estados Unidos da América, *Perfil do Sistema Judiciário dos EUA*, Ob. Cit. pág 99. Sobre o Grand Jury vide também *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, ob. Cit. pág 400. Por último Peter J. Messitte em *A Justiça nos dois lados do Atlântico, Teoria e prática do processo criminal em Portugal e nos Estados Unidos da América*, ob. Cit. pág 33. Não existe “*Grand Jury*” em Portugal. A função é desempenhada por um juiz de instrução Criminal na fase conhecida como Instrução (facultativa). A decisão do Juiz chama-se “*pronúncia*” (decide levar a julgamento) e “*não pronúncia*” (decide não levar a julgamento).

se tais acusações se baseiam apenas numa perseguição ou maldade pessoal.¹⁶⁴ Nesta última vertente demonstrada, o júri funciona também como forma de controlo face ao poder judicial. O júri impede acusações infundadas e persecutórias pelo governo ou os excessos do próprio juiz.¹⁶⁵

Em fase de julgamento o júri, “*Petit Jury*”, pode ser usado em processos civis a partir de 20 dólares e em processos criminais desde que a pena aplicada seja superior a seis meses de prisão.¹⁶⁶

A consagração do direito a julgamento por pena superior a seis meses de prisão foi estabelecida em *Baldwin Vs New York*.¹⁶⁷ Foi recusado a Baldwin um julgamento com júri, apesar de ele o ter requerido. Tudo devido ao facto de ele ter sido acusado por um “*misdemeanor*” (infração mais leve em comparação com a *felony*). Ao abrigo do *Criminal Court Act* de Nova Iorque Baldwin, por ter praticado um ato de “*jostling*”¹⁶⁸ (roubo de carteira), poderia ser sujeito até a um ano de prisão, sem direito a julgamento com júri. Na prática a legislação de Nova Iorque equiparava os julgamentos sem júri aos crimes de “*misdemeanor*” e os crimes de “*felony*” (mais graves) já teriam direito a julgamento por júri.¹⁶⁹ Baldwin foi condenado pelos tribunais estaduais à pena máxima de um ano de prisão.

Recorreu para o “*Supreme Court*”, por violação dos seus direitos constitucionais, nomeadamente o de não ter sido julgado com júri,¹⁷⁰ ao abrigo da 6ª emenda da constituição. O que estava em disputa era saber se uma situação que poderia privar em abstrato a liberdade de uma pessoa por um ano dava direito a julgamento com júri. Ou seja, se a moldura penal prevista neste caso, até um ano de prisão, era justificativa do direito de requerer um julgamento por júri. Mesmo que a ofensa em questão não fosse séria mas sim “*petty*”. A decisão do “*Supreme Court*” foi afirmativa e favorável a

¹⁶⁴ - Tradução livre e adaptação nossa do excerto dessa decisão presente em *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, Ob. Cit. pág 400.

¹⁶⁵ - «*But the primary purpose of the jury is to prevent the possibility of oppression by the Government; the jury interposes between the accused and his accuser the judgment of laymen who are less tutored perhaps than a judge or panel of judges, but who at the same time are less likely to function or appear as but another arm of the Government that has proceeded against him.*» em 399 U.S. 66, 72. Vide ainda Peter W. Sperlich, *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, Ob. Cit. pág 733.

¹⁶⁶ - Sobre o júri nos processos civis vide Departamento de Estado dos Estados Unidos da América, *Perfil do Sistema Judiciário dos EUA*, Ob. Cit. pág 135 e ss. No mesmo livro pág 106 e ss sobre o júri em processos criminais.

Sobre o “*Petit Jury*” vide Peter J. Messitte em *A Justiça nos dois lados do Atlântico, Teoria e prática do processo criminal em Portugal e nos Estados Unidos da América*, ob. Cit. pág 35 e ss. No mesmo livro Antone S. Aguiar, Jr pág 230 e ss.

¹⁶⁷ - BALDWIN VS. NEW YORK, 399 U.S. 66 (1970). Relator justice White. Sobre este caso *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, Ob. Cit pág 733 e 1027. Decisão no link: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=399&page=66>

¹⁶⁸ - Roubo de carteiras ou malas. Ver nota (Footnote) nº 1 e 2 de BALDWIN VS. NEW YORK. Na nota nº 2 é citada a Lei penal do Estado de Nova Iorque. Nela “*Jostling*” consiste no acto de roubar carteira ou mala. Pode consistir ainda no acto de encurralar ou empurrar alguém numa multidão, para que um terceiro possa roubar a carteira ou mala.

¹⁶⁹ - Esta tomada de posição do Estado de equipar as ofensas a julgamento com ou sem júri vê-se em 399 U.S. 66, 68 a 399 U.S. 66, 71.

¹⁷⁰ - Sobre os factos 399 U.S. 66 a 399 U.S. 66, 72.

Baldwin. Nenhuma ofensa poderá ser considerada insignificante se resultar em prisão por mais de 6 meses.¹⁷¹

Nos processos-crime cabe ao acusado decidir se quer ou não ser julgado com ou sem júri. Os estados não podem construir legislação que seja intencionalmente discriminatória. *Strauder Vs West Virginia*¹⁷² foi o primeiro caso do “*Supreme Court*” que abordou a discriminação legislativa na escolha de jurados.

Strauder, “*colored man*”, foi acusado, julgado e condenado num julgamento no estado da West Virgínia.

Porém, como as leis estaduais impediam que os homens de cor fossem elegíveis para o “*Grand Jury*” ou para o “*Petit Jury*”, Strauder foi acusado, julgado e condenado por um júri composto só por homens brancos. Afirmou-se ali que o simples facto de as pessoas de cor serem afastadas da função de jurado, apesar de serem cidadãos, é uma constatação da sua inferioridade racial e um impedimento de aplicação de uma justiça igual a todos.¹⁷³ O “*Justice*” Strong afirmou que era óbvia a discriminação da lei local.¹⁷⁴

Neste caso há uma clara violação da 14ª emenda da Constituição que pretende a igualdade entre todos os cidadãos e nos seus direitos constitucionais. Outras decisões se seguirem, mas ainda hoje este acórdão é «*good law*».¹⁷⁵

Antes de chegarem a ser jurados os cidadãos atravessam um processo de seleção no qual lhes são colocadas questões. Em função das respostas, essas pessoas podem ser excluídas. Se, por exemplo, um cidadão é familiar do acusado, esse cidadão pode ser excluído através de uma «*impugnação por justa causa*»¹⁷⁶. Estas impugnações são em regra ilimitadas. Existe ainda uma segunda modalidade de

¹⁷¹ - 399 U.S. 66, 69 «we have concluded that no offense can be deemed “petty” for purposes of the right to trial by jury where imprisonment for more than six months is authorized».

¹⁷² - STRAUDER VS. WEST VIRGINIA, 100 U.S. 303 (1879). Relator “justice” Strong. Votação 7 contra 2. Sobre esta decisão, *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, Ob. Cit. Pág 298, 734, 815, 985 e 988. Ainda Roy M. Mersky E Cindy L. Tate Gary Hartman, *Landmark Supreme Court Cases, The Most Influential Decisions of The Supreme Court of the United States*, ob. Cit, pág 122. Decisão no link <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=100&page=303>

¹⁷³ - 100 U.S. 303, 308. «the very fact that colored people are singled out and expressly denied by a statute all right to participate in the administration of the law, as jurors, because of their color, though they are citizens [é obviamente, uma confirmação da sua] inferiority, and a stimulant to that race prejudice which is an impediment to securing to individuals of the race that equal justice which the law aims to secure to all others». Sublinhado e parêntesis nossos. Vide ainda Peter W. Sperlich *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, Ob. Cit, pág 734.

¹⁷⁴ - 100 U.S. 303, 309 «it is hard to see why the statute of West Virginia should not be regarded as discriminating against a colored man when he is put upon trial for an alleged criminal offence against the State».

¹⁷⁵ - Em William M. Wiecek *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, Ob. Cit. pág 986.

¹⁷⁶ - Sobre estas impugnações também apeladas de «*challenges for cause*» vide Departamento de Estado dos Estados Unidos da América, *Perfil do Sistema Judiciário dos EUA*, Ob. Cit. pág 107.

impugnações. As impugnações peremptórias. Estas impugnações são «*pedidos ao tribunal para excluir um jurado em potencial sem justificativa*».¹⁷⁷

Existem duas exceções: não podem ser usadas para afastar alguém em função do sexo e da raça. O número destas impugnações varia em função da matéria do caso e se estamos no âmbito federal ou estadual. Por exemplo num caso de pena de morte o total de impugnações peremptórias é de 20. A validade das impugnações é apreciada pelo juiz.

A nível federal o júri é composto por doze jurados que têm de apresentar um veredito unânime.¹⁷⁸ A nível estadual o nível de jurados varia.

O papel do júri é em regra de expectativa e atenção. A sua competência limita-se à matéria de facto. Ouvem os argumentos apresentados por ambas as partes e no final deliberam em privacidade. Por norma os jurados não são elementos participativos no julgamento em si e não podem, por exemplo, tirar apontamentos ou fazer perguntas. Porém em certos estados e distritos federais tais práticas são permitidas.

Antes da deliberação o júri recebe instruções do juiz sobre o modo de proceder. Como pode haver uma anulação do julgamento os juízes por regra são cautelosos e precisos nas instruções que dão ao júri. Por exemplo, em processos-crime, o ónus da prova pertence ao estado e em “*dubio pro reu*”. Ou seja, se houver “*reasonable doubt*” o júri terá que decidir em favor do acusado. Ao tomar a deliberação o júri deve estar em total isolamento. Pode, ocasionalmente, solicitar ao juiz esclarecimentos legais ou solicitar a entrega de uma prova para análise ou observação. Mas nunca poderão ter acesso a livros de direito ou a dicionários jurídicos.¹⁷⁹ A função do júri é decidir sobre questões factuais controvertidas.

A decisão do júri é entregue ao juiz e o porta-voz do júri divulga ao tribunal a decisão. Nos tribunais federais e na maioria dos estaduais o juiz terá posteriormente um prazo para aplicar a pena ao acusado em caso de condenação.¹⁸⁰ A função do juiz restringe-se aos aspetos legais, ele é o árbitro e

¹⁷⁷ - Departamento de Estado dos Estados Unidos da América, *Perfil do Sistema Judiciário dos EUA*, Ob. Cit. pág 106 e ss. Sobre estas impugnações também apeladas de «*peremptory challenges*» vide Milton Heumann, *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, Ob. Cit, pág 730 e ss.

¹⁷⁸ - Departamento de Estado dos Estados Unidos da América, *Perfil do Sistema Judiciário dos EUA*, Ob. Cit. pág 107, 137 e 138. O processo de selecção do júri civil tem algumas semelhanças e algumas diferenças do júri criminal. Por exemplo, algumas diferenças são o número de jurados, ou o facto da decisão se fazer pela preponderância de provas.

¹⁷⁹ - Idem pág 111 e 112 sobre os aspectos contidos deste parágrafo.

¹⁸⁰ - Idem pág 114 e ss. Inclusivamente em alguns estados existe uma segunda deliberação para estabelecer a pena ao condenado. Noutros, é constituído um segundo júri para aplicar a pena. A variedade estadual e federal da instituição do júri é de tal forma grande que quase torna impraticável uma exposição detalhada da mesma. Sobre as muitas variações do sistema de júri, sobre a sua composição, sobre as suas nuances é imperativo ler págs 106 a 116 e ainda 135 a 139 da mesma obra. Vide ainda António Henriques Gaspar, «A Justiça nas Incertezas da Sociedade Contemporânea, O Juiz Hoje: De Exegeta a Ministro da Verdade», *Revista Julgar*, Nº 1, Coimbra Editora S.A., Janeiro - Abril de 2007, pág 26. Sobre a função mais detalhada do juiz na sua condução do júri remeto para William W. Schwarzer e Alan Hirsch, «Os Elementos da

intermediário entre o júri e as partes. Num estudo feito, oitenta e um por cento dos juízes concordou com a decisão do júri. Nos remanescentes dezanove por cento o juiz teria condenado e o júri não.¹⁸¹ Contudo o juiz tem o poder de afastar o júri caso considere que o júri agiu de forma inadequada.

Nunca é por demais demonstrar a importância do júri. Como refere Peter W. Sperlich, o júri juntamente com «*judgemade law and adversarial proceedings*» constituem o núcleo chave do sistema judicial americano.¹⁸²

Das Eleições

Deixámos propositadamente as eleições para o fim. Este é o segundo mecanismo de controlo puramente democrático que existe no poder judicial nos EUA, já que o “*impeachment*” e as nomeações podem ser vistos como controlos políticos (executivos e legislativos) do poder judicial. Porém este mecanismo já não partilha da nossa anuência como acontece com o júri. No entanto, ele existe nos EUA. Existe até de uma forma bastante acentuada. Tal como a instituição do júri foi uma herança britânica que se tornou numa especialidade americana, as eleições no poder judicial tornaram-se também algo inédito e único da experiência americana.¹⁸³

Enquanto nos tribunais federais a nomeação é a regra, nos tribunais estaduais a eleição, como método de escolha dos juízes, é o hábito mais comum.¹⁸⁴

Este método de escolha dos juízes tornou-se “famoso” durante o mandato do presidente Andrew Jackson (1829-1837).

O grande problema da eleição dos juízes é que existe um problema ético e inclusivamente de separação de poderes. Ao atirar o juiz para a cena política estamos a lançá-lo para o meio de um confronto de interesses, a lançá-lo no jogo político a que ele não pertence. Muitos “*lobbys*” e grupos de interesse procuram desta forma aproximar-se dos juízes porque reconhecem que os mesmos poderão ser no futuro centros de poder e decisão. Dessa forma patrocinam ou garantem apoio a certos juízes. Se a independência é o valor máximo a proteger no poder judicial para aplicar a justiça como poderão os

Gestão Processual: Um Guia de Bolso para Juízes», *Revista Julgar*, Nº19, Coimbra Editora, Janeiro/Abril de 2013, pág 201 a 204.

¹⁸¹ - Departamento de Estado dos Estados Unidos da América, *Perfil do Sistema Judiciário dos EUA*, Ob. Cit pág 114.

¹⁸² - Palavras de Peter W. Sperlich *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, Ob. Cit. Pág 733.

¹⁸³ - Nesse sentido *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, Ob. Cit. Pág 400, 733 e 1027. Interessante, contudo, o facto de o júri ter perdido muita importância que tinha na Inglaterra e tê-la ganho nos EUA.

¹⁸⁴ - Vide Departamento de Estado dos Estados Unidos da América, *Perfil do Sistema Judiciário dos EUA*, ob. Cit. pág 155. Ainda William J. Keefe E Morris S. Ogul, *The American Legislative Process, Congress and the State* ob cit. pág 415.

juízes decidir casos, de forma isenta, se surgirem conflitos onde esses “lobbys” serão parte?¹⁸⁵ Ou em casos paralelos sobre as mesmas questões? Não será pertinente então que surja a questão de parcialidade de um determinado juiz porque ele obteve o apoio de certo “lobby” para posteriormente beneficiá-lo? Não terão os juizes de fazer promessas para serem eleitos?

A seleção de juízes nunca deverá ser feita através de eleições pois é método que, cremos, enfraquece o poder judicial e coloca-o à mercê de interesses políticos e pessoais que serão sempre um perigo na busca pela justiça.

Tocqueville afirmava que a eleição dos magistrados inquina inevitavelmente a sua independência e, dessa forma, «*não só se atacou o poder judicial, como de resto a própria república democrática*».¹⁸⁶

Para além disto aparentemente as eleições para a escolha de juizes estaduais são sempre inquinadas pela pequena afluência dos eleitores.¹⁸⁷ Onde poderá residir a autoridade democrática de um juiz eleito por uma pequena percentagem de votos? E para que é que ele precisa dessa legitimidade democrática, se não vai governar uma nação? A legitimidade democrática do juiz advém da constituição e da sua função de guardião da democracia e nunca dos votos.

Sobre o Terceiro Receio, a Judicialização da Política

«*O tribunal tem agido não como um órgão judicial, mas como um órgão que define políticas*».¹⁸⁸

O terceiro receio, como já indicámos, diz respeito à judicialização da política e ao famoso “*governo dos juízes*”. O que sucede nesta situação é que o poder judicial toma uma decisão que é de tal forma importante que tem um impacto político notório e evidente. Desta forma o judicial aparenta limitar e em alguns casos até substituir-se ao poder político na tomada de decisões de uma nação. O poder judicial pela sua decisão impõe a sua vontade aos outros poderes. É este o ponto receado num

¹⁸⁵ - Ver Departamento de Estado dos Estados Unidos da América, *Perfil do Sistema Judiciário dos EUA*, Ob. Cit. pág 156.

¹⁸⁶ - Alexis De Tocqueville, *Da Democracia na América*, Ob. Cit. pág 318. Sobre mais críticas às eleições de juizes vide Maurice Duverger, *Os Grandes Sistemas Políticos, Instituições Políticas e Direito Constitucional-1*, ob. Cit. pág 162 e ss.

¹⁸⁷ - Em Departamento de Estado dos Estados Unidos da América, *Perfil do Sistema Judiciário dos EUA*, Ob. Cit. pág 156.

¹⁸⁸ - Roosevelt, citado em pág 391 de Daron Acemoglu e James A. Robinson, *Porque Falham as Nações, As Origens do Poder, da Prosperidade e da Pobreza*, Lisboa, Círculo de Leitores Reimpressão da 1ª Edição de Fevereiro de 2013 ed. Novembro de 2013.

poder que não tem, ou tem poucos, mecanismos de controlo democrático, que ele se possa substituir a um poder democraticamente eleito para tomar essas decisões.¹⁸⁹

Existe ainda outra celeuma. A dificuldade de aceitar que as mudanças políticas sejam provocadas pelo poder judicial. Mudanças que venham da base, de baixo para cima. São mudanças promovidas pelo povo, pela sociedade, partindo sempre de um caso através do poder judicial. Ao invés de serem mudanças de cima para baixo, logo impostas à nação como acontece normalmente com o poder legislativo.¹⁹⁰

Como refere William Lasser¹⁹¹ o poder judicial nos EUA possui uma grande legitimidade pública o que, a nosso ver, lhe dá legitimidade para promover as mudanças pela base. O mesmo autor refere ainda que mesmo os mais ferozes opositores do papel preponderante do poder judicial e as mais difíceis controvérsias políticas que envolvem o “*Supreme Court*” «*have not shaken the Court’s political legitimacy. Public confidence in the Court remains high*».¹⁹²

Nos EUA ao longo dos séculos de existência do poder judicial este sempre se pautou por uma contenção aceitável em relação aos temas políticos. Era até uma forma de “*self restraint*” judicial, o “*judicial restraint*”.¹⁹³ Através disso o judicial, em especial o “*Supreme Court*”, evitava abordar temas que considerasse entrarem na esfera do poder político, deixando-as ser resolvidas por outros poderes: «*The Court has traditionally shield away from so-called political questions cases*».¹⁹⁴ De tal forma isto era verdade que o próprio *Justice* Frankfurter se referiu às questões políticas como “*political thicket*”.¹⁹⁵

A judicialização da política nos EUA aconteceu em especial após a 2ª Guerra Mundial. A partir daí surgirão decisões que tiveram efeitos em áreas como: a educação, a religião, a vida e a morte. Existe inclusivamente um grande “*activismo político*” na área criminal.

¹⁸⁹ - Basta ver Paulo Castro Rangel *Repensar o Poder Judicial, Fundamentos e Fragmentos*, Ob. Cit. pág 131. Vide Ronald Dworkin, *Justiça para Ouriços*, Ob. Cit. pág 392, 403 e ss. Ver Departamento de Estado dos Estados Unidos da América, *Perfil do Sistema Judiciário dos EUA*, ob. Cit. pág 27. Vide por último Pedro De Vasconcelos, *A Separação dos Poderes na Constituição Americana, do Veto Legislativo ao Executivo Unitário*, Ob. Cit. pág 87.

¹⁹⁰ - «*Geralmente, os governos só dispõem de dois meios para vencer as resistências que os cidadãos lhes opõem: a força material que encontram em si próprios e a força moral que lhes conferem as decisões dos tribunais.*» Isto leva-nos a concluir, que há dois tipos de mudanças. As impostas pelo topo, promovidas pelo legislativo e as promovidas pela base, através do judicial. Alexis de Tocqueville, *Da Democracia na América*, ob. Cit. pág 180.

¹⁹¹ - Vide William Lasser *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, ob. Cit. pág 747.

¹⁹² - Idem ibidem

¹⁹³ - Idem. Stanley C. Brubaker pág 543. Termo usado pelo “*Justice*” Harlan Fiske Stone no caso *Butler Vs US* de 1936, para designar a limitação do judicial em apreciar temas políticos.

¹⁹⁴ - Idem em William Lasser pág 753. No mesmo livro sobre as “*political questions*” e o seu desenvolvimento vide Joel B. Grossman e T. J. Donahue pág 754 e ss.

¹⁹⁵ - Idem. “*Matagal político*” Famosas palavras proferidas pelo “*Justice*” Frankfurter na decisão *Colegrove Vs Green* de 1946. Sobre “*political thicket*” vide J. W. Peltason, *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States* ob. Cit. pág 757.

O poder judicial não pretende fazer política ou alterar políticas. Se o faz é porque as controvérsias vêm ter com ele. Se o faz é porque, em regra, é evidente a desigualdade, a inconstitucionalidade ou a ilegalidade das decisões legislativas. Se o faz é porque as questões em disputa envolvem muitas vezes questões de confronto de direitos, de liberdades e de garantias. O judicial é, portanto, forçado a tomar uma posição. Se o não fizesse a sua omissão seria claramente mais grave.

Nos EUA ao judicial interessa aplicar, como sempre, a constituição e garantir os direitos aos seus cidadãos. Por outro lado não são os tribunais que vão implementar essas decisões. É verdade que irão estipular orientações e que serão eles a fiscalizar a sua aplicação. Porém, caberá sempre ao poder legislativo a sua densificação e criação legislativa, de acordo com as orientações jurisprudenciais.¹⁹⁶

¹⁹⁶ - Departamento de Estado dos Estados Unidos da América, *Perfil do Sistema Judiciário dos EUA*, Ob. Cit. pág 167 e 168.

CAPÍTULO. IX - UNICIDADE DO PODER JUDICIAL AMERICANO

O poder judicial nos EUA é uno. O federalismo judicial está montado à volta da common law e de tribunais judiciais e isto permite a construção de um sistema coeso e especial. No fundo, a jurisdição judicial é a única com papel preponderante.

Existem efetivamente tribunais militares (Força Aérea, Marinha, Exército), o tribunal para o Comércio Internacional, o Tribunal Fiscal, entre outros (Vide Anexo 1.) Porém estes tribunais são colocados na base do federalismo judicial americano na sua primeira fase, ou seja, são incorporados no sistema de jurisdição comum e o recurso das suas decisões passam pelos tribunais federais de recurso e em última instância pelo “*Supreme Court*”.

Isto é extremamente positivo porque não fraciona o poder judicial em múltiplos poderes judiciais independentes e evita assim a «*ideia de difusão do poder jurisdicional*». ¹⁹⁷ Quanto mais dividido é um poder mais fraco ele se torna. Ao juntarem duas hierarquias no poder judicial (estadual e federal, que se encontram no topo) e ao não permitirem a existência de outras jurisdições judiciais concorrentes os americanos criaram um poder judicial poderoso onde existe apenas unidade de jurisdição.

Não existem tribunais administrativos nos EUA. ¹⁹⁸ Apesar de em nada estarem associados a tribunais administrativos surgiram nos EUA as chamadas agências administrativas e os

¹⁹⁷ - Paulo Castro Rangel *Repensar o Poder Judicial, Fundamentos e Fragmentos*, Ob. Cit. pág 202. Sobre unidade ou multiplicidade de jurisdições vide Maurice Duverger, *Os Grandes Sistemas Políticos, Instituições Políticas e Direito Constitucional-1*, ob. Cit. pág 160 e ss.

¹⁹⁸ - Em abono da verdade efectuámos uma pesquisa sobre a afirmação que fizemos. Descobrimos um departamento no Nevada e uma cidade no estado do Ilínois que utilizavam o termo de “*administrative courts*” não o sendo obviamente. Estas entidades arrogaram-se no direito de usar um termo que na prática não tem concretização nos EUA. O termo é virtualmente desconhecido na América. Nos EUA existem agências administrativas (o caso do departamento no Nevada), que alguns intelectuais gostam de apelidar de “*administrative tribunals*”. São nada mais que agências governamentais, criadas ou impulsionadas em parte pelo «*Packing the court*» que têm poderes quase judiciais quase legislativos, em especial algumas agências federais. Seja qual for o termo usado a ideia que passa é a mesma. Não há tribunais administrativos nos EUA como existem na Europa. Tribunais com juizes, hierarquia, processos judiciais administrativos, locais físicos de tribunais. Não há, nem nunca houve um sistema paralelo de tribunais judiciais administrativos montado.

Felix Frankfurter, “*associate justice*” entre 1939 e 1962 «*the most useful lawyer in América*», austríaco de nascimento é considerado o responsável da importação e ensino do direito administrativo nas escolas dos EUA. «*Frankfurter, who introduced the course in administrative law in American law schools(...)*». Vide Peter Hoffer em *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, ob. Cit pág 364 e 365. Porém o autor Paul L. Murphy considera o alemão Ernst Freund o «*pai do direito administrativo americano*». Vide Paul L. Murphy no mesmo livro pág 367 e 368. Tradução nossa. Em ambos os casos, o direito administrativo é portanto um direito recente, importado e estranho à experiência americana. Tanto que o direito administrativo americano não é o direito aplicado nos tribunais administrativos (que não existem), mas sim o direito das agências governamentais, ver Glossário de Roy M. Mersky E Cindy L. Tate Gary Hartman, *Landmark Supreme Court Cases, The Most Influential Decisions of The Supreme Court of the United States*, ob. Cit. pág 537.

escritórios/gabinetes administrativos.¹⁹⁹ (órgãos responsáveis por realizarem tarefas administrativas para o sistema judicial).

Nos Estados Unidos não existem tribunais especiais onde os estados são julgados. Locke dá novamente o suporte ideológico visto que para ele a sociedade política será sempre uma organização (corpo) civil de pessoas que possuem uma lei comum e que através dela poderão apelar para uma judicatura. Os julgamentos resultam portanto de leis civis comuns para todos e a que todos se submetem,²⁰⁰ *“the common law”*. Os estados sujeitam-se às mesmas leis dos particulares e às mesmas leis federais e são processados em tribunais comuns.

Aqui os tribunais são comuns na aceção da palavra em que se aplica o direito americano, o direito comum, não há direitos especiais. Direito que será aplicado em tribunais estaduais e federais. Não existem jurisdições judiciais concorrentes. E sem concorrência o poder judicial comum americano é forte e amplo. Ao contrário do que acontece na Europa e em países que adotaram os tribunais administrativos, nos EUA a jurisdição dos tribunais comuns aumenta.²⁰¹

¹⁹⁹ - Vide Departamento, de Estado dos Estados Unidos da América, *Perfil do Sistema Judiciário dos EUA* Ob. Cit. pág 42, 54 e 55.

²⁰⁰ - John Locke, *Dois Tratados do Governo Civil*, ob. Cit. Pág LXIII , pág 284, 289 e 290.

²⁰¹ - «Ao invés, à medida que a liberdade aumenta, o círculo de atribuições dos tribunais vai-se alargando progressivamente; mas nenhuma das nações europeias pensou ainda que qualquer questão judicial, independentemente da sua origem, pudesse ser entregue aos juízes de direito comum» Alexis de Tocqueville, *Da Democracia na América* Ob.Cit pág 190.

CAPÍTULO. X - “SUPREME COURT”

Da História

No topo do federalismo judicial norte-americano temos o “*Supreme Court*”, «o único tribunal da nação». ²⁰² Seguindo o enquadramento cronológico apontado por Lourenço Freitas²⁰³ o “*Supreme Court*” teve na sua vida três períodos, desde o seu nascimento até a atualidade.

Apelidarei o primeiro como “*Da construção*”. ²⁰⁴

Neste período, que decorre entre o nascimento do tribunal - a 1 de Fevereiro de 1790 - e 1865 o “*Supreme Court*” irá conquistar e alicerçar a sua posição. No início a vida do “*Supreme Court*” será muito discreta pois que nos três primeiros anos nada decidiu e na primeira década decidiu apenas 50 casos. ²⁰⁵ Contudo, em decisões memoráveis posteriores como *Mcculloch Vs Maryland*, *Madison Vs Marbury*, *Foster Vs Neilson*, o “*Supreme Court*” vai criar o seu espaço de atuação, mostrar a sua importância, a sua *auctoritas*, ao mesmo tempo que irá limitar a atuação dos outros poderes e afirmar a supremacia do poder judicial como o poder preferencial. À cabeça deste período emerge naturalmente John Marshall, ²⁰⁶ “*Chief Justice*” do “*Supreme Court*” que será pessoalmente responsável e relator de grande parte dos acordãos supra referidos.

«A corte, fraca antes da sua administração, foi por ele transformada em um poderoso tribunal cuja posição passou a ser equivalente à do Congresso e à do Presidente». ²⁰⁷ John Marshall foi ainda o precursor de relevantes alterações do modo de funcionamento do tribunal. «Antes de seu mandato, os juizes normalmente redigiam decisões separadas (chamadas de decisões “*seriatim*”- em latim, para “uma após a outra”) nos principais processos. Sob a direção de Marshall, a Corte adotou a prática de decisão única». ²⁰⁸ Esta decisão de Marshall, contribuiu para aumentar a força das decisões do

²⁰² - Idem Ibidem

²⁰³ - Lourenço Freitas, *O Modelo Jurídico- Institucional da União Europeia, Aproximação a um Modelo Pós-Confederal*, Ob. Cit. pág. 36 a 38 e ainda pág. 42 à 43, que se apoia na doutrina Norte Americana. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, ob. Cit. pág 158, também segue o apontamento de dividir em três fases a história do “*Supreme Court*”.

²⁰⁴ - Os nomes atribuídos a cada um dos períodos são da nossa autoria, sem qualquer suporte doutrinário. Resultam apenas de uma observação e do estudo da história e dos casos da jurisprudência americana.

²⁰⁵ - Em Departamento de Estado dos Estados Unidos da América, *Perfil do Sistema Judiciário dos EUA*, Ob. Cit. pág 24.

²⁰⁶ - John Marshall (1755-1835). “*Chief Justice*” entre 1801 e 1835. Considerado por muitos o maior “*Chief Justice*” Americano, pessoalmente responsável através das suas decisões pela ascensão e afirmação do “*Supreme Court*”. Sobre este fundamental “*Chief Justice*” vide «Judicial Review, O Sonho Americano», *Revista Sub Judice, Justiça e Sociedade*, ob. Cit. pág 187 e ss. Vide por último R. Kent Newmyer em *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, Ob. Cit. pág 607 a 611.

²⁰⁷ - Francis Freedom, *Sinopse da História dos Estados Unidos da América*, ob. Cit. pág 34.

²⁰⁸ - Departamento de Estado dos Estados Unidos da América, *Perfil do Sistema Judiciário dos EUA* Ob Cit. pág 24 e 25.

“*Supreme Court*”, apresentando o mesmo uma única decisão a uma só voz, diminuindo as dissidências. Nesta fase inicial a maioria das ações decididas pelo “*Supreme Court*” diziam respeito ao federalismo, à delimitação da esfera de atuação dos poderes e ainda às relações entre os poderes federais e estaduais.²⁰⁹

Com o fim da Guerra Civil Americana e ultrapassadas as questões escravagistas e de soberania que dividiram o Norte e o Sul, o “*Supreme Court*” inicia uma segunda etapa da sua história, o período “Económico”, que irá de 1865 a 1937.²¹⁰

Nesta segunda fase ir-se-á concentrar nas questões económicas, em especial a *Commerce Clause*,²¹¹ que atribui ao congresso o poder de regular o comércio entre os estados federados e entre o estado federal e as nações estrangeiras. Mas também à questão da livre concorrência e o combate aos monopólios (trusts). O comércio nunca podendo ser controlado pelo estado, poderá ser judicialmente regulado e equilibrado.

Para a “*Commerce Clause*” dois casos relevam. Em *Gibbons Vs Ogden*²¹², o tribunal expressou o entendimento de que o comércio que ocorra puramente dentro desse estado será sempre da competência desse Estado. Porém o poder de regular o comércio inter estadual e internacional é exclusivo do Congresso não podendo, portanto, serem os Estados a regulá-lo.²¹³ Isto sucede porque o Congresso é o poder legislativo da União e tem um propósito nacional. É portanto suprema a lei do Congresso para regular o comércio entre Estados e com Estados estrangeiros.

Em *Cooley Vs Board of Wardens of Port of Philadelphia*²¹⁴ fez-se uma correcção ao caso anterior e deu-se espaço às legislaturas estaduais para legislarem. Considerou-se que o facto de o

²⁰⁹ - Idem, Ibidem.

²¹⁰ - Aqui sigo a opção cronológica de Departamento de Estado dos Estados Unidos da América, *Perfil do Sistema Judiciário dos EUA*, Ob. Cit. pág 26 e não de Lourenço Vilhena Freitas.

²¹¹ - Prevista no artº I secção 8 cláusula 3 da Constituição dos EUA. Sobre este tema Roy M. Mersky E Cindy L. Tate, Gary Hartman, *Landmark Supreme Court Cases, The Most Influential Decisions of The Supreme Court of the United States* Ob. Cit pág 540. Vide *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, Ob. Cit. pág 193 e ss e 677 e ss. Em segundo plano vide Departamento de Estado dos Estados Unidos da América, *Perfil do Sistema Judiciário dos EUA* ob. Cit. pág 10. Vide Lourenço Vilhena de Freitas, *O Modelo Jurídico- Institucional da União Europeia, Aproximação a um Modelo Pós-Confederal*, Ob. Cit. pág 37. Ver Paulo Castro Rangel, *Repensar o Poder Judicial, Fundamentos e Fragmentos*, Ob. Cit. pág 32 nota 25. Por último. Pedro Vasconcelos, *A Separação dos Poderes na Constituição Americana, do Veto Legislativo ao Executivo Unitário*, ob. Cit pág 63.

²¹² - GIBBONS VS. OGDEN, 22 U.S. 1 (1824). Relator “Chief Justice” John Marshall. Votação de 6 a 0. Sobre este caso vide Gary Hartman, *Landmark Supreme Court Cases, The Most Influential Decisions of The Supreme Court of the United States*, ob. Cit. pág 246 e ss. Ainda *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, ob. Cit. pág 141, 193, 249, 323, 390, 428, 436, 520, 538, 610, 683, 742, 748, 926, 984, 1079, 1091, 1093. Decisão no link <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=22&page=1>

²¹³ - «it follows as a consequence,(...) from this concession, that a State may regulate commerce with foreign nations and among the States, cannot be admitted.» 22 U.S.1, 200; 22 U.S.1, 201.

²¹⁴ - COOLEY VS. BOARD OF WARDENS OF PORT OF PHILADELPHIA, TO, 53 U.S. 299 (1851). Relator Justice Curtis. Votação 6 a 2. Sobre este caso Gary Hartman, *Landmark Supreme Court Cases, The Most Influential Decisions of The Supreme Court of the United States*, Ob. Cit. pág 242 e ss. Vide ainda *The Oxford Companion to The*

Congresso ter esse poder, não invalidam o exercício do mesmo pelos estados. Só quando o Congresso exercia esse poder, teria o estado de se submeter a ele, não o exercendo havia espaço de actuação para o estado.²¹⁵

O *rational* da norma assenta na ideia de que a área do comércio é vasta e que, portanto, pode ser necessária uma regra geral e uniforme do Congresso que não exclui as especificidades das leis locais e, logo, uma competência legislativa supletiva dos Estados.²¹⁶ O poder de regular o comércio entre estados pertence efectivamente ao Congresso mas isso não poderá ser invocado na medida em que este não quis regular este tema, deixando espaço para a acção dos estados. Perante a ausência total de legislação federal os estados podem legislar.²¹⁷ O direito de regular o comércio não é, portanto, um direito exclusivo do congresso estabelecido em razão da matéria.

O campo de ação legislativa dos Estados reduz-se aos casos em que o Congresso entenda não regular por omissão, não pretenda regular essa área ou se o comércio é puramente interno aos Estados. A esta ideia foi dada pela doutrina o nome de “*selective exclusiveness*”.²¹⁸

Para que o comércio possa florescer é necessário que haja liberdade. É assunção natural que a partir dessa liberdade a concorrência surgirá.

Para o monopólio um caso releva. A livre concorrência deve ser sempre preservada e melhorada. Daí que uma interferência dos estados é sempre indesejada. Outro elemento que prejudica grandemente a livre concorrência são os “*trusts*”²¹⁹ (monopólios), enquanto realidade económica que é o oposto da livre concorrência.

O ordenamento antitrust americano é um conjunto de leis e decisões judiciais que enfrentam situações que são uma «*threat to free-market competition*». ²²⁰ A livre concorrência é de tal forma

Supreme Court of The United States, Ob. Cit. págs 152, 193, 225, 242, 324, 390, 406, 439, 454, 721, 801, 899, 1059, 1077. Decisão no link <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=53&page=299>

²¹⁵ - «(...) that it is not the mere existence of such a power, but its exercise by Congress, which may be incompatible with the exercise of the same power by the states, and that the states may legislate in the absence of congressional regulations.» 53 U.S. 299, 319.

²¹⁶ - Idem Ibidem. «Now the power to regulate commerce, embraces a vast field, containing not only many, but exceedingly various subjects, quite unlike in their nature; some imperatively demanding a single uniform rule, operating equally on the commerce of the United States in every port; and some, like the subject now in question, as imperatively demanding that diversity, which alone can meet the local necessities of navigation.(...) Whatever subjects of this power are in their nature national, or admit only of one uniform system, or plan of regulation, may justly be said to be of such a nature as to require exclusive legislation by Congress. »

²¹⁷ - «It does not extend to the question what other subjects, under the commercial power, are within the exclusive control of Congress, or may be regulated by the states in the absence of all congressional legislation;» 53 U.S. 299, 320.

²¹⁸ - Sobre “*selective exclusiveness*” The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States, Ob. Cit. págs 193, 242, 390, 406, 584, 629, 899.

²¹⁹ - “*Trust*” é um termo usado para descrever, por norma, monopólios. Num sentido mais técnico, “*trust*”, são empresas que acordam entre si as condições de concorrência de mercado. Vide pág 314 nota 4 de William D. Nordhaus Paul A. Samuelson *Economia*, Editora McGraw de Portugal, Lda 16ª Edição ed.

²²⁰ - James May, The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States, Ob. Cit. Pág 41 e ss.

relevante e importante que tanto o poder judicial como o legislativo (o *Sherman Antitrust Act* (1890), o *Clayton Act* (1914) e o *Federal Trade Commission Act* (1914) atuam para combater comportamentos monopolistas, carteis, ou outros que possam falsear o mercado e prejudicar a livre concorrência.

Em *Standard Oil Co. of New Jersey Vs U.S* ²²¹, após recorrer à common law, à rule of reason ²²² e à experiência inglesa, em que os monopólios eram “unlawful” porque restringiam as liberdades individuais, ²²³ o tribunal dirigiu-se para a interpretação do *Sherman Antitrust Act*, nomeadamente da secção 1 e 2. ²²⁴ Perante factos notórios demonstrativos de existência de monopólio praticados ao longo de décadas o tribunal considerou provada a existência de um monopólio que restringia o comércio. O fim almejado era o de limitar a livre iniciativa, constranger o comércio e obter o controlo absoluto do mercado pelo domínio de um monopólio. ²²⁵ Face a tudo isto o tribunal optou pela dissolução da empresa e o término da actividade ilegal entre a companhia e as suas subsidiárias. ²²⁶

No final do segundo período dá-se um dos maiores ataques ao poder judicial e em especial ao “*Supreme Court*”.

O processo, que ficou conhecido como «*Packing the Court*», ²²⁷ surgiu no rescaldo do Crash da bolsa de 1929 e da Grande Depressão. Tendo como intenção a aprovação de medidas sociais e económicas opostas às visões liberais do “*Supreme Court*”, o Presidente Theodore Roosevelt irá desencadear um violento ataque político ao “*Supreme Court*”. O seu plano de arrumar o “*Supreme Court*” previa um conjunto de alterações. Primeiro, nomeava juizes mais “adequados” à sua visão. Segundo, procurou aumentar o número de lugares de “justice” no “*Supreme Court*”, para que a «*relação de forças*» ²²⁸ se mantivesse favorável aos seus desígnios. Em terceiro lugar, efetuava um

²²¹ - STANDARD OIL CO. OF NEW JERSEY VS. U S, 221 U.S 1 (1910). Relator “Chief Justice” Edward Douglass White . Votação 9 a 0 Com voto vencido parcial de “Justice” Harlan. Sobre mais informações deste caso Gary Hartman, *Landmark Supreme Court Cases, The Most Influential Decisions of The Supreme Court of the United States* Ob. Cit. pág 21. Vide ainda *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, Ob. Cit. pág 43, 145, 421, 696, 791, 873, 915, 956, 1087. Decisão no link <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/221/1.html>

²²² - “Rule of Reason”, método judicial de abordagem de um caso. Com ele o tribunal examina «*the history and development of a particular practice, its likely effects on competition, and any efficiency rationales that the practice might have*» de Herbert Hovenkamp, *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, Ob. Cit. Pág 145. Sobre a “Rule of reason” vide também *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, Ob. Cit. pág 30, 43, 92, 421, 743, 791, 795, 872, 915, 956, 1087. Sublinhados nossos.

²²³ - 221 U.S. 1, 54 «*That by the common law, monopolies were unlawful because of their restriction upon individual freedom of contract and their injury to the public.*»

²²⁴ - 221 U.S. 1, 48 e 221 U.S. 1, 49.

²²⁵ - «*(...) necessarily involved the intent to drive others from the field and to exclude them from their right to trade, and thus accomplish the mastery which was the end in view*» 221 U.S. 1, 76.

²²⁶ - «*(...) to order the dissolution of the New Jersey corporation and the discontinuance of the illegal combination between that corporation and its subsidiary companies*», 221 U.S. 1, 82, ainda 221 U.S. 1, 81.

²²⁷ - Vide Paulo Castro Rangel , *Repensar o Poder Judicial, Fundamentos e Fragmentos*, Ob. Cit. pág 72 e 73 nota 122. Sobre o mesmo assunto Pedro Vasconcelos, *A Separação dos Poderes na Constituição Americana, do Veto Legislativo ao Executivo Unitário*, ob. Cit. pág 16 ,19. Por último *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, ob. Cit. pág 233, 234.

²²⁸ - Palavras de Paulo Castro Rangel , *Repensar o Poder Judicial, Fundamentos e Fragmentos*, Ob. Cit. pág 73.

ataque encapuçado, criando “*administrative agencies*” «às quais foram cometidas certas funções jurisdicionais ou judiciárias e que gozam, na sua actividade, de largos espaços de discricionariedade, em parte subtraídos ao controlo dos tribunais».²²⁹ Obviamente esta medida tinha por objetivo fragilizar o poder judicial, já que criou entidades à margem do controlo judicial ou com um controlo judicial residual.

Apesar de nunca ter desistido do seu plano a morte do líder do seu partido no Senado, o senador Joe Robinson, inviabilizou a aprovação futura do plano.

As medidas visavam enfraquecer o poder judicial por ter ousado enfrentar o poder executivo. Este ataque de Roosevelt foi parcialmente bem sucedido, não conseguiu aprovar o plano desejado, mas venceu a guerra. O “*Supreme Court*” em casos decisivos posteriores não invalidou legislações federais consideradas essenciais para o New Deal.

Das três medidas, apenas uma viu a luz do dia. As agências administrativas. A verdade é que a criação das agências administrativas tornou-se, no nosso entender, o maior perigo atual ao poder judicial nos EUA. Limitamo-nos a referir como exemplo o caso *Chevron U.S.A., Inc. vs. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984), uma decisão negativa que teve como consequência o permitir às agências criar regulamentos a partir de interpretações administrativas da lei. Não pretendemos desenvolver este caso nem este assunto.

Apesar do terceiro período, conhecido por todos como o “*das liberdades civis*”, se ter iniciado na década 30 do séc XX e decorrer até aos nossos dias, será a partir dos anos 50 e subsequentes, que o “*Supreme Court*” irá proferir as suas mais famosas decisões: *Miranda Vs Arizona*, *Mapp Vs Ohio*, ou *Escobedo Vs Illinois*. Nestes casos e noutros serão abordadas questões sobre liberdade de expressão, questões raciais, questões processuais, questões de liberdade religiosa. Salienta-se nesta fase o papel do “*Chief Justice*” Earl Warren, ilustre “*Chief Justice*” responsável pela presidência do “*Supreme Court*”, durante a qual «*the court forged new doctrines regarding civil rights and civil liberties and the nature of the political system*».²³⁰

Da Composição

²²⁹ - Idem pág 72, nota 122. Sublinhado nosso.

²³⁰ - Palavras de Melvin I. Urofsky *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, ob. Cit. pág 1067. “*Chief Justice*” Earl Warren 189-1974. “*Chief Justice*” entre 1953 e 1969. Sobre Earl Warren vide o mesmo autor nas págs 1067 a 1071. O período entre 1960 e 1970, foi apelidado de «*Revolução Warren*» graças à atuação deste “*Chief Justice*”, vide Phillip Rivard- Rapoza em *A Justiça nos dois lados do Atlântico, Teoria e prática do processo criminal em Portugal e nos Estados Unidos da América*, ob. Cit. pág 100. Por último vide J. Ramos «*Judicial Review, O Sonho Americano*», ob. Cit. pág 198.

Atualmente o “*Supreme Court*” é composto por oito “*associates justices*” e um “*Chief Justice*” que decidem sempre em conjunto. Nem sempre foi assim pois pois que «*chegou a funcionar com um mínimo de cinco (1801) e um máximo de dez (1863) juízes*». ²³¹

Foi a escolha feita por George Washington que iniciou uma tradição. O costume consiste na nomeação dos “*justices*” pelo presidente, que o faz de acordo com as suas preferências partidárias. A nomeação tem um grande significado político e os candidatos são sempre analisados e escrutinados ao mais ínfimo detalhe. Não existem requisitos formais ou legais para chegar a “*justice*”, não havendo exames, notas, avaliações ou concursos. Há tradições. Assim a nomeação dependerá das qualificações, do mérito, do percurso político, das preferências políticas e pessoais dos juizes, do facto de serem notados pelo presidente americano e ... da sorte. ²³²

Apesar de escolhidos pelo Presidente Americano os mesmos têm de ser aprovados pelo Senado nos termos do artº II, Secção 2 cláusula 2 da Constituição. Como tal «*todas as indicações são feitas pelo presidente, após discussão do assunto com o gabinete da Casa Branca, a Procuradoria-Geral, certos senadores e outros agentes políticos*» ... depois, «*o nome do candidato é enviado à Comissão de Justiça do Senado, que realiza uma investigação sobre a adequação do indicado ao cargo. Se o voto da comissão for favorável, a indicação é enviada ao Senado, onde é aprovada ou rejeitada por maioria de votos*». ²³³

Uma vez “*justice*”, como diz o provérbio, “*um membro da Supreme Court nunca se demite e raramente morre.*”

Da Competência

No artº III, secções 1, 2 e secção 2, cláusula 2, a constituição americana constroi a sua visão sobre o poder judicial, nomeadamente a organização, jurisdição e competência do “*Supreme Court*”.

Em especial o artº III, Secção 2, cláusula 2, dispõe que o “*Supreme Court*” terá então competência originária e de recurso. ²³⁴

Competência original significa que o “*Supreme Court*” irá apreciar a causa pela primeira vez. Como refere aquela cláusula 2 se estiverem envolvidos «*Ambassadors, other public ministers and*

²³¹ - Cfr Paulo Castro Rangel, *Repensar o Poder Judicial, Fundamentos e Fragmentos* Ob. cit. Pág. 45 nota 56.

²³² - Sobre as qualificações dos “*justices*” vide *Departamento de Estado dos Estados Unidos da América, Perfil do Sistema Judiciário dos EUA*, ob. Cit. pág 144 e 145.

²³³ - Idem, Ibidem

²³⁴ - Lexis Nexis, *The United States Constitution*, ob. Cit. pág 27 e 28 «*the supreme court shall have original Jurisdiction. In all the other Cases before mentioned, the supreme Court shall have appellate Jurisdiction...*»

*Consuls, and those in which a State shall be Party ...»*²³⁵ o “*Supreme Court*” terá jurisdição original. Todos os casos restantes serão da sua competência para conhecer em sede de recurso.

Competência de Recurso significa que o “*Supreme Court*” apreciará uma causa já decidida anteriormente por um tribunal hierarquicamente inferior. O “*Supreme Court*” tem então jurisdição sobre todas as decisões dos tribunais federais de apelação, do “*Court of Appeals do Distrito de Columbia*” e do “*US Court of Appeals for the Federal Circuit*” (totalizam 13 tribunais), sobre as questões federais dos Supremos Tribunais Estaduais (50 tribunais), sobre o tribunal de recurso das Forças Armadas (1 tribunal) sobre o Supremo Tribunal de Puerto Rico e sobre os tribunais que apelidamos de legislativos ou “*congressional courts*”.

O “*Supreme Court*” não tem jurisdição sobre os estados para decidir questões estaduais. Em tais situações, os Supremos Tribunais Estaduais, funcionam como últimos árbitros e decisores.²³⁶

Até 1925 os casos chegavam ao “*Supreme Court*” através de Writs (mandados). Os Writ of “*Certiorari*”, de “*Mandamus*” e de “*Prohibition*” fazem parte da common law. O “*Writ of mandamus*” era no direito inglês um decreto judicial emitido pelo “*Court of King’s Bench*” que exigia a um tribunal inferior ou a algum funcionário de estado que cumprisse uma determinada ação exigida por lei. Pela sua natureza era utilizado como último recurso. Atualmente é uma ordem escrita formal em que um tribunal ordena a alguém que faça algo.²³⁷

Assim, «*uma pessoa pode solicitar à Suprema Corte revisão de uma decisão de tribunal inferior; então os ministros decidem se o pedido será deferido* [tem de existir uma maioria de quatro]. *Se a revisão for concedida, a Corte emite um writ of certiorari, que é uma ordem à corte inferior para que envie os autos completos do processo. Se o recurso for negado, a decisão do tribunal inferior permanece*». ²³⁸

O “*Supreme Court*” entra em ação quando deseja. O que tem dado ao “*Supreme Court*” a possibilidade de escolher os processos que pretende decidir (revisão judicial discricionária). É soberano na escolha das suas causas e nada o obriga a decidir sobre uma causa que não considere pertinente.

²³⁵ - Idem, Ibidem

²³⁶ - Cfr. Daniel John Meador, *American Courts* Ob. Cit. pág 28 a 30. Sobre competências do “*Supreme Court*”, Jorge Bacelar Gouveia, *Manual de Direito Constitucional*, ob. Cit. pág 303.

²³⁷ - Vide Herbert A. Johnson em *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, ob. Cit. pág 603 e ss. No mesmo livro William M. Wiecek pág 1105. Ainda Jorge Bacelar Gouveia, *Manual de Direito Constitucional*, ob. Cit. pág 304. Por último J. A. Teles Pereira «*Judicial Review, O Sonho Americano*», ob. Cit. pág 178 e 199.

²³⁸ - Em Departamento de Estado dos Estados Unidos da América, *Perfil do Sistema Judiciário dos EUA*, Ob. Cit. pág 28. Parêntesis nossos. Sobre o modo de funcionamento interno do “*Supreme Court*”, sobre o modo de disposição dos magistrados na sessão por antiguidade, sobre a argumentação oral dos advogados, sobre a reunião dos justices, sobre as decisões e a elaboração de acordãos, sobre opiniões concordantes ou divergentes, sobre despachos “*per curiam*” vide o mesmo livro págs 28 a 31. Vide ainda Nuno Rogeiro, *Constituição dos EUA, Anotada e seguida de estudo sobre o sistema constitucional dos Estados Unidos*, ob. Cit. pág 161.

Finalizamos referindo que é surpreendente a ascensão do “*Supreme Court*”. De um início modesto, discreto e até tímido, atingiu um lugar cimeiro na sociedade e na democracia americana, suportando ataques e reafirmando a cada passo a importância da sua existência.²³⁹

²³⁹ - «Nada em sua história chama mais atenção que o fato de que, embora homens zelosos e patrióticos tenham sempre reconhecido o lugar importante e necessário da Corte na forma federativa de governo, nenhum dos Poderes e nenhuma instituição criada pela Constituição suportou tantos ataques sucessivos ou chegou à sua atual posição após oposição tão vigorosa». Charles Warren citado por Departamento de Estado dos Estados Unidos da América, *Perfil do Sistema Judiciário dos EUA*, ob. Cit. pág 22.

CAPÍTULO XI – “SUPREMACY CLAUSE”, OU O EQUIVALENTE AMERICANO DO PRIMADO DO DIREITO COMUNITÁRIO

A constituição, as leis federais e os tratados internacionais prevalecem sobre as leis estaduais: é a chamada “*Supremacy Clause*”.²⁴⁰

A fonte da “*Supremacy Clause*” deve-se ao “*New Jersey Plan of Government*” que ficou consagrado no *Great Compromise*, plano esse elaborado pelo futuro “*associate justice*” William Paterson.²⁴¹ O plano previa a criação de um “*Supreme Court*” com amplos poderes e indicava os tratados internacionais e as leis federais como “*supreme law of the land*” vinculando os tribunais.²⁴² A aplicação da “*Supremacy Clause*” foi feita, de forma cautelosa e pontual, no final do séc XVIII e princípios do séc. XIX nos poucos casos que surgiram.

Obviamente, como referimos em capítulos anteriores, os estados levantavam objeções a um poder centralizado que consideravam tirânico. Apesar da oposição do “*Supreme Court*” e das tentativas do mesmo de aplicar a “*Supremacy Clause*”, as intenções políticas dos estados minavam por vezes a autoridade do “*Supreme Court*” que no início tinha ainda uma existência e força precária. Por outro lado a doutrina da *nulification* em nada ajudou a estimular a unificação da nação americana sob esta cláusula.

Todas as forças e vontades contrárias chocaram na Guerra Civil americana. Durante a Guerra da Secessão o governo federal reforçou os seus poderes e presença a nível nacional. Com o fim da Guerra Civil inicia-se outra etapa da cláusula de supremacia. Sem movimentos secessionistas ou estaduais que pudessem colocar em cheque a soberania e a legislatura federal começam a surgir mais casos relacionados com este tema. A expansão e a maior intervenção do Congresso em temas nacionais deu origem aos choques inevitáveis com as leis estaduais.²⁴³ É portanto natural que a maioria dos

²⁴⁰ - «*This Constitution, and the Laws of the United States (...) shall be the supreme law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding*». Artº VI Secção 1 Cláusula 2 da Constituição Americana, Lexis Nexis, *The United States Constitution*, ob. Cit. pág 31. Sublinhados nossos. Cfr José Tavares, *O Federalismo*, ob. Cit. págs 22, 67 e 68. Também Isabel David, *Do Federalismo à Federação ou a Inconciliabilidade entre Pensamento e Acção*, ob. Cit. pág 83. Por último Lourenço Vilhena De Freitas, *O Modelo Jurídico- Institucional da União Europeia, Aproximação a um Modelo Pós-Confederal*, ob. Cit.págs 29 e ss.

²⁴¹ - William Paterson 1745-1806. “*Associate Justice*” entre 1793 e 1806 no início da vida do Supreme Court. Participou na criação do acto judiciário de 1789 e no enquadramento da constituição americana. Sobre mais informações de William Paterson vide Richard E. Ellis, *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, ob. Cit. pág 723 e 724.

²⁴² - Idem, Ibidem «*also created a Supreme Court with broad powers and made the laws and treaties of the federal government the supreme law of the land, with state courts bound to obey them. This arrangement probably was the source of the Supremacy Clause of the United States Constitution...*».

²⁴³ - Harry N. Scheiber e Forrest McDonald *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, de Ob. Cit. respectivamente págs 325 e 1007.

casos que emergem estejam relacionadas com áreas como as comunicações, os transportes e o comércio.

Há tradicionalmente três áreas de atuação da “*Supremacy clause*”: supremacia da constituição sobre as leis; supremacia das leis federais sobre as leis estaduais e supremacia dos tratados internacionais sobre as leis estaduais.

1º - Supremacia da Constituição sobre as Leis

Na primeira situação, a Constituição prevalece sobre as leis estaduais. Em *Marbury Vs. Madison* o “*Supreme Court*” reservou para si o poder de declarar inconstitucional qualquer lei sujeita à sua interpretação, o “*judicial review*”. Perante esta situação a lei submete-se ao juiz e à Constituição.

A “*judicial review*” é uma consequência natural da superioridade da Constituição sobre todas as leis.

2º - Supremacia das Leis Federais sobre as Leis Estaduais

Na segunda situação as leis estaduais submetem-se às leis federais. Há um elemento fundamental nesta ideia, a regra, o elemento da “*preemption*”. “*Preemption*” significa preempção, primado. Primado das leis federais sobre as estaduais, o que significa que as leis federais, porque emitidas pelo Congresso, são exclusivas e impõem-se a todos os estados. A “*preemption*” funciona como um elemento impositivo que existe na essência da “*supremacy clause*”. Esta construção é obviamente jurisprudencial.

A “*supremacy clause*” quanto a atos federais foi pela primeira vez referida em *M'culloch Vs State of Maryland* e depois em *Gibbons vs. Ogden*. Em ambos os casos o “*Supreme Court*”, apoiando-se sempre no artº VI Secção 1, Cláusula 2 da Constituição referiu que os estados não podem retardar, impedir, controlar ou atuar de forma a inquinar as leis federais aprovadas pelo Congresso.²⁴⁴ Esta é a primeira premissa da “*Supremacy Clause*”.

A Segunda premissa estabelece que as leis estaduais que interferem ou são contrárias às leis federais serão inválidas.²⁴⁵ Estas são as duas premissas básicas da “*Supremacy Clause*”, expostas

²⁴⁴ - «*retard, impede, burden, or in any manner control, the operations of the constitutional laws enacted by Congress to carry into execution the powers vested in the general government*» 17 U.S. 316, 436. Ver M'CULLOCH vs. STATE OF MARYLAND, 17 U.S. 316 (1819). Decisão no link <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=17&page=316>.

²⁴⁵ - «*interfere with, or are contrary to*» 22 U.S. 1, 211. Ver GIBBONS vs. OGDEN, 22 U.S. 1 (1824). Decisão no link <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=22&page=1>

nestas duas decisões. Os estados não podem contrariar as leis federais e, caso contrariem, as leis estaduais serão inválidas. (Esta é portanto, a ideia chave da “*Supremacy Clause*”).

É importante referir que não só as leis federais são supremas face às leis estaduais, também as regulações e os estatutos federais são superiores às leis estaduais. O conceito de lei federal é amplo de forma a abranger esses estatutos e regulamentações, tal foi o entendimento do judicial em *Fidelity Federal Sav. Loan Assn Vs de La Cuesta* ²⁴⁶. O mesmo acontece do lado das leis estaduais, que abrangem também as “*local ordinances*”. ²⁴⁷

Porém a realidade é muito mais rica e aquela ideia chave supra mencionada manteve-se mas foi obrigada a mutar-se de forma a abranger novas situações que foram surgindo. Assim podemos afirmar que existem cinco modalidades diferentes que derivam do enunciado básico. ²⁴⁸

A primeira modalidade ocorre quando o Congresso declara de forma expressa e ao abrigo dos seus poderes constitucionais que a lei federal é “*preempted*” ou seja, exclusiva. Esta primeira modalidade é facilmente observável em *Jones Vs Rath Packing Co* ²⁴⁹. É possível identificar explicitamente na lei o comando do Congresso. ²⁵⁰

A segunda modalidade surge quando, o Congresso não declara de forma expressa que a sua lei é “*preempted*”, em relação às leis estaduais numa determinada área. Porém é possível perceber que o esquema federal é de tal forma compreensivo que se permite concluir logicamente que o Congresso

²⁴⁶ - «*Federal regulations have no less pre-emptive effect than federal statutes. Where Congress has directed an administrator to exercise his discretion, his judgments are subject to judicial review only to determine whether he has exceeded his statutory authority or acted arbitrarily. (...) Thus, the statutory language suggests that Congress expressly contemplated, and approved, the Board's promulgation of regulations superseding state law*». Respectivamente 458 U.S. 141, 153, 458 U.S. 141, 154 e 458 U.S. 141, 162. Decisão no link <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=458&page=141>.

²⁴⁷ - «*This suit brought by appellees asked for an injunction against the enforcement of an ordinance adopted by the City Council of Burbank (...)*» em 411 U.S. 624, 625. Vide ainda Lourenço Vilhena De Freitas, *O Modelo Jurídico-Institucional da União Europeia, Aproximação a um Modelo Pós-Confederal*, ob. Cit. pág 31. Decisão no link <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=411&page=624>.

²⁴⁸ - Estas modalidades são resultado da leitura de várias decisões e das opiniões de vários “*Justices*”. Apoiei-me inteiramente nas suas construções, o mérito é inteiramente deles e não nosso. Saliento então “*Justice*” Marshall em *HILLSBOROUGH COUNTY VS. AUTOMATED MEDICAL LABS.*, 471 U.S. 707 (1985) 471 U.S. 707, 711 a 471 U.S. 707, 715, decisão no link <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=471&page=707>; “*Justice*” Blackmun em *FIDELITY FEDERAL SAV. & LOAN ASSN. VS. DE LA CUESTA*, 458 U.S. 141 (1982) 458 U.S. 141, 149 a 458 U.S. 141, 155; Justice Black em *HINES VS DAVIDOWITZ*, 312 U.S. 52 (1941) 312 U.S. 52, 64 a 312 U.S. 52, 68, decisão no link <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=312&page=52>; “*Justice*” Black em *NASH VS. FLORIDA INDUSTRIAL COMM'N*, 389 U.S. 235 (1967) 389 U.S. 235, 239 a 389 U.S. 235, 240, decisão no link <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=389&page=235>.

²⁴⁹ - *JONES VS. RATH PACKING CO.*, 430 U.S. 519 (1977); Decisão no link <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=430&page=519>

²⁵⁰ - «*Compelled whether Congress' command is explicitly stated in the statute's language (...)*» 430 U.S. 519, 525 “*Justice*” Marshall.

não deixou margem de manobra para a regulamentação estadual.²⁵¹ O comando do Congresso é claro no sentido de que está implicitamente contido na sua estrutura e propósito.²⁵² O esquema federal irá então prevalecer apesar de ser menos densificado e mais discreto.²⁵³

Na terceira modalidade pode haver ainda “*preemption*” (exclusividade) de toda uma área desde que se possa presumir que nesse campo o interesse federal é de tal forma predominante que se pode inferir que se retira aos estados o seu poder de aplicar leis estaduais nesses assuntos.²⁵⁴ Foi essa a posição do “*Supreme Court*” em *Hines vs. Davidowitz* (1941) e depois em *Rice vs. Santa Fe Elevator Corp.* (1947).

A quarta modalidade diz respeito a uma situação em que o Congresso não regulamentou na totalidade uma determinada área, estabelecendo “*minimum standarts*” e deixando espaço para a atuação do Estado. Porém a lei estadual poderá ser invalidada se entrar em conflito com a lei federal. Nomeadamente se for impossível a aplicação mútua de legislação estadual e federal.²⁵⁵ Tal entendimento foi estabelecido em *Florida Avocado Growers vs. Paul* de 1963.

A quinta modalidade diz respeito a, uma situação parecida com a modalidade anterior. Mais uma vez o Congresso não regulamenta na totalidade uma área e cria os “*minimum standarts*”, deixando novamente um espaço de atuação para o Estado. Mas aqui a lei estadual poderá ser invalidada se se apresentar como um obstáculo aos objetivos do Congresso²⁵⁶ ou se frustrar os objetivos do Congresso.

²⁵⁷

Após a leitura de várias decisões reparamos que existe, muitas vezes e em muitos casos, uma ligação entre a “*Supremacy Clause*” e a “*Commerce Clause*”. Isso deve-se ao facto de ambas as cláusulas procurarem derrubar as fronteiras estaduais uniformizando a legislação e estimulando o comércio por meio de regras transversais a todos os estados enquanto se aplicam medidas políticas.

²⁵¹ - «*Of federal regulation is sufficiently comprehensive to make reasonable the inference that Congress “left no room” for supplementary state regulation*». “Justice” Marshall em 471 U.S. 707, 713.

²⁵² - «*Implicitly contained in its structure and purpose*». 430 U.S. 519, 525.

²⁵³ - RICE VS. SANTA FE ELEVATOR CORP., 331 U.S. 218 (1947); Decisão no link <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=331&page=218>. «*more modest, less pervasive regulatory plan than that of the State*». “Justice” Douglas 331 U.S. 218, 236.

²⁵⁴ - «*Federal interest is so dominant that the federal system will be assumed to preclude enforcement of state laws on the same subject*». 471 U.S. 707, 713.

²⁵⁵ - FLORIDA AVOCADO GROWERS VS. PAUL, 373 U.S. 132 (1963); Decisão no link <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=373&page=132>. «*compliance with both federal and state regulations is a physical impossibility (...)*» Vide final de 373 U.S. 132, 142 e início de 373 U.S. 132, 143.

²⁵⁶ - HINES VS. DAVIDOWITZ, 312 U.S. 52 (1941). Decisão no link <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=312&page=52>. «*Pennsylvania’s law stands as an obstacle to the accomplishment and execution of the full purposes and objectives of Congress*». 312 U.S. 52, 67.

²⁵⁷ - DAVIS VS. ELMIRA SAV. BANK, 161 U.S. 275 (1896). Decisão no link <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=161&page=275>. «*and either frustrates the purpose of the national legislation (...)*» 161 U.S. 275, 283.

Basta olhar para *Pensacola Tel. Co. vs. Western Union Tel. Co.*,²⁵⁸ em que o estado da Flórida procurou, através de leis estaduais, proteger o monopólio de uma empresa de telégrafos, obrigando todos os concorrentes e o próprio Governo Federal a usar a tal empresa para poderem comunicar por telégrafo, numa porção determinada de território da Flórida.²⁵⁹ Ora, isto chocava com uma lei federal que pretendia estimular a concorrência na área das telecomunicações e impedir os monopólios, tudo no interesse do comércio.

Outro caso muito interessante e demonstrativo da ligação entre comércio e supremacy clause é o *Xerox Corp. vs. County of Harris*.²⁶⁰ Os americanos adotaram uma máxima de Adam Smith segundo a qual cada taxa devia ser paga à conveniência de quem a compra e que a taxa fosse paga quando o bem fosse destinado para consumo.²⁶¹ Para estimular o comércio externo o Congresso aprovou uma lei especial. Na prática essa lei permitia que as empresas que exportassem bens pudessem acumular e guardar esses mesmos bens em armazéns federais/alfândegas supervisionados e controlados pelo Governo federal, livres de impostos, tendo em vista a sua exportação e o pagamento das taxas pelo consumidor estrangeiro.²⁶² Com a criação de taxas locais pelo condado de Harris emerge, portanto, um choque entre a legislação federal de livre taxaçoão que visava estimular o comércio externo e a taxaçoão local. O “*Supreme Court*” decidiu invalidar a lei estadual uma vez que existia uma preempção da legislação do Congresso.²⁶³

Apesar de muitos “*case law*” incidirem sobre a “*Supremacy Clause*” e estarem associados a casos de comércio, existem muitas outras áreas onde ela se faz notar. Na área dos transportes é comum a “*Supremacy Clause*” estar em voga. Em *Ray vs. Atlantic Richfield Co.*²⁶⁴ havia uma controvérsia entre uma lei estadual que regulava e limitava o desenho, o tamanho, a atribuição de licenças e a

²⁵⁸ - PENSACOLA TEL. CO. VS. WESTERN UNION TEL. CO., 96 U.S. 1 (1877). Decisão no link <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=96&page=1>

²⁵⁹ - PENSACOLA TEL. CO. VS. WESTERN UNION TEL. CO vide em especial as págs, 96 U.S. 1, 10 a 96 U.S. 1, 14 da decisão.

²⁶⁰ - XEROX CORP. VS. COUNTY OF HARRIS, 459 U.S. 145 (1982). Vide Lourenço Vilhena De Freitas, *O Modelo Jurídico- Institucional da União Europeia, Aproximação a um Modelo Pós-Confederal* ob Cit. pág 30. Decisão no link <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=459&page=145>. A Xerox era uma empresa, que exportava máquinas de copiar e partes de máquinas, que resolveu mudar o seu armazém federal para o Texas, já que ficaria mais perto do México um dos seus mercados. Os produtos que a Xerox tinha no seu armazém, eram claramente para a exportação e adaptados aos mercados da América Latina, não visavam então o mercado interno americano. Sucede que, o Condado de Harris e a cidade de Houston, decidem aplicar taxas locais à empresa, pelos bens armazenados através de “*ad valorem personal property taxes*”.

²⁶¹ - «Every tax ought to be levied at the time and in the manner most convenient for the contributor to pay it [by providing] that the tax shall only be paid when the imports are entered for consumption (...)» 459 U.S. 145, 150.

²⁶² - Idem, Ibidem. «*in transit in foreign commerce to remain in secure storage, duty free, until they resumed their journey in export*».

²⁶³ - Idem, Ibidem.

²⁶⁴ - RAY VS. ATLANTIC RICHFIELD CO., 435 U.S. 151 (1978); Vide Lourenço Vilhena de Freitas, *O Modelo Jurídico- Institucional da União Europeia, Aproximação a um Modelo Pós-Confederal*, ob. Cit pág 31. Decisão no link <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=435&page=151>

movimentação de petroleiros no estuário de Puget Sound, no Estado de Washington, na costa oeste e uma lei federal no mesmo sentido que possuía critérios mais “liberais” aos requisitos e critérios de licença e movimentações.

Se a “*Supremacy Clause*” estabelece um entendimento de que um barco é seguro para navegar em águas americanas, tal entendimento prevalecerá sobre a posição estadual contrária.²⁶⁵ É importante salientar, nessa mesma decisão, as opiniões divergentes em parte e concordantes em parte de Brennan, Marshall e Rehnquist que consideravam que não havia “*preemption*” uma vez que o estado estava apenas a proteger um estuário suscetível a danos ambientais.²⁶⁶

Na área alimentar, *Jones vs. Rath Packing Co* envolvia um confronto entre uma lei federal e outra estadual sobre a dimensão e o respectivo peso de embalagens de bacon e farinha.

Termino precisamente com um caso onde não existe *preemption* e, logo, não há “*Supremacy clause*”.

Hillsborough County vs. Automated Medical Labs é um caso da área da saúde que envolvia a questão do sangue de plasma em que estava em questão saber se uma lei estadual poderia ser mais restritiva do que a federal. De salientar que essa lei já incorporava os parâmetros federais na estrutura da sua lei, ou seja aceitava-os mas estabelecia requisitos ainda mais restritivos.²⁶⁷

Como não havia uma indicação expressa de *preempção*,²⁶⁸ nem se podia inferir a *preempção*,²⁶⁹ nem a lei local colocava em perigo o interesse federal,²⁷⁰ então, as “*local ordinances*” não eram antecedidas nem estavam em contradição com o esquema federal de regulação.²⁷¹

²⁶⁵ - «*The Supremacy Clause dictates that the federal judgment that a vessel is safe to navigate United States Waters prevail over the contrary state judgment*». “Justice” White, 435 U.S. 151, 165; Para os requisitos e limitações da lei estadual e federal vide em especial págs 435 U.S. 151, 435 U.S. 151, 156, 435 U.S. 151, 157, 435 U.S. 151, 158, 435 U.S. 151, 159, 435 U.S. 151, 160, 435 U.S. 151, 173, 435 U.S. 151, 174, 435 U.S. 151, 175, 435 U.S. 151, 176, 435 U.S. 151, 177.

²⁶⁶ - «*It is clear, however, that the Tanker Law [Lei do estado de Washington] was not merely a reaction to the problems arising out of tanker operations in general, but instead was a measure tailored to respond to unique local conditions - in particular, the unusual susceptibility of Puget Sound to damage from large oil spills and the peculiar navigational problems associated with tanker operations in the Sound. Thus, there is no basis for pre-emption (...)*» “Justice” Marshall. 435 U.S. 151, 184 e 435 U.S. 151, 185. Parêntesis pessoal

²⁶⁷ - «*Requires that blood donors be tested for hepatitis (...). The ordinance incorporates by reference the FDA’s blood plasma regulations, but also imposes donor testing and recordkeeping requirements beyond those contained in the federal regulations. Specifically, the ordinance requires that donors be tested for hepatitis prior to registration, that they donate at only one center, and that they be given a breath analysis for alcohol content before each plasma donation*» 471 U.S. 707 e 471 U.S. 707, 710. Sublinhado nosso.

²⁶⁸ - «*Given the clear indication of the FDA’s intention not to pre-empt and the deference with which we must review the challenged ordinances*» 471 U.S. 707, 716.

²⁶⁹ - «*To infer pre-emption whenever an agency deals with a problem comprehensively is virtually tantamount to saying that whenever a federal agency decides to step into a field, its regulations will be exclusive. Such a rule, of course, would be inconsistent with the federal-state balance embodied in our Supremacy Clause jurisprudence*» 471 U.S. 707, 717.

²⁷⁰ - «*Hillsborough County requirements do not imperil the federal goal of ensuring sufficient plasma*» 471 U.S. 707, 722.

3º- Supremacia dos Tratados Internacionais sobre as Leis Estaduais

Na terceira situação os tratados internacionais prevalecem sobre as leis estaduais.

Ware Vs Hylton, (1796)²⁷² é um caso recheado de referências aos mestres do Direito Internacional. Vattel e Grotius são apenas alguns dos nomes que servem de referência aos “*justices*”, na tomada de mais uma decisão fundamental do sistema judicial americano. Apesar da decisão do caso ser de 1796, esta disputa remonta ao período anterior à Declaração de Independência dos EUA (1776). Em 1774, antes portanto da Guerra da Independência Americana, antes da Declaração de independência e antes da Constituição Americana estar elaborada, Daniel Hylton e Francis Epper, cidadãos da Virgínia, contraem uma dívida aos britânicos William Jones e aos seus colegas Farrel e Jones. Porém, com o início das hostilidades na Guerra da Independência Americana (1775/76 -1783), estes antigos parceiros comerciais tornam-se inimigos de guerra.²⁷³ No decorrer da guerra o estado da Virgínia aprova uma lei que permite duas situações. Primeiro possibilitava o «*sequestering British property*» e, em segundo lugar, admitia que aqueles que estivessem endividados perante súbditos britânicos, pagassem a sua dívida ao estado da Virgínia, vendo-se assim livres da mesma, tudo isto, feito de forma voluntária e não coerciva. Os devedores dirigiam-se ao “*loan office*”, recebiam em troca um certificado com o nome do credor, do devedor e do comissário desse “*loan office*”. Depois o devedor entregaria esse certificado ao Governador do estado e em troca receberia um recibo que o libertava dessa dívida.²⁷⁴

Com o fim da Guerra de Independência é assinado o Tratado de Paris (Paz de Versalhes) em 1783 no qual se estabelece a independência americana. Ao abrigo desse tratado os credores ingleses tentam fazer valer os seus direitos, nomeadamente, de obterem os valores em dívida.

A decisão deste caso é dada em várias opiniões, em seriatim, por cada um dos “*justices*”. Antes da declaração de independência a Virgínia era uma colónia do Império Britânico. Depois da declaração e do início da guerra tornou-se um estado soberano que cessou as suas ligações com os ingleses, tal como as outras colónias americanas, estabelecendo ainda um novo governo. Assim, até outubro de 1777 a Virgínia era um estado soberano. Só a partir desse momento em que delegou os seus poderes no

²⁷¹ - «*Are not pre-empted by the federal scheme (...) are not pre-empted by the scheme for federal regulation of plasmapheresis*» 471 U.S. 707, 723.

²⁷² - WARE VS. HYLTON, 3 U.S. 199 (1796). 5 votos a favor de WARE. “*Justice*” Iredell emitiu a sua opinião posteriormente. Vide ainda *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, ob. Cit. respectivamente páginas 245, 434, 509, 723 e em especial a 1065. Decisão no Link <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=3&page=199>

²⁷³ - Vide 3 U.S. 199, 3 U.S. 199, 200, 3 U.S. 199, 201, 3 U.S. 199, 210, 3 U.S. 199, 211.

²⁷⁴ - Idem, Ibidem e ainda 3 U.S. 199, 220, 3 U.S. 199, 221, 3 U.S. 199, 227, 3 U.S. 199, 228, 3 U.S. 199, 248, 3 U.S. 199, 249, 3 U.S. 199, 281, 3 U.S. 199, 282, 3 U.S. 199, 283, 3 U.S. 199, 284.

Congresso, é que veio a criar a Confederação Americana, deixando a Virgínia de ser um estado soberano.²⁷⁵

Pode um estado soberano apropriar-se de propriedade pública e privada de outro estado? Quanto à propriedade pública poderá, uma vez que existe o direito de confiscar a propriedade de um estado inimigo, devido ao estado de guerra.²⁷⁶ Quanto à propriedade privada, pelas leis das nações as dívidas privadas podem ser confiscadas, como quaisquer outras.²⁷⁷

A Virgínia confiscou propriedade britânica? Sim e não. Na teoria sim porque aprovou uma lei que previa e estipulava a apropriação de propriedade inglesa. Na prática não porque a lei estabeleceu uma condição. Só haveria confisco caso o Rei Inglês confiscasse primeiro.²⁷⁸ Porém, o Rei britânico nada confiscou e a Virgínia seguiu-lhe o exemplo.

No entanto só um tratado de paz pode fazer com que os danos sofridos e a propriedade confiscada sejam compensados e revertidos. Esse tratado é assinado em 1783, o qual no seu artº 4 estabelece que nenhum “*lawful impediment*” poderá existir de modo a dificultar ou impedir a obtenção total dos montantes em dívida.²⁷⁹

Ora a lei estadual da Virgínia choca e é incompatível com o fim e a letra do tratado de Paris e como a constituição federal estabelece que o poder de celebrar tratados é superior a qualquer constituição estadual ou lei estadual, tal é suficiente para declarar nula a lei da Virgínia.²⁸⁰ O tratado anula portanto a lei estadual da Virgínia e a dívida terá de ser paga em libras esterlinas aos seus legítimos credores. Os tribunais são os locais adequados para decidir estas controvérsias e os tribunais

²⁷⁵ - Cfr opinião em especial de “*Justice*” Chase, 3 U.S. 199, 222 a 3 U.S. 199, 231.

²⁷⁶ - «*The right to confiscate the property of enemies, during war, is derived from a state of war, and is called the rights of war.*» “*Justice*” Chase. 3 U.S. 199, 227.

²⁷⁷ - Idem, Ibidem «*By the rigour of the law of nations, private debts to enemies might be confiscated, as well as any other of their property, but that a general custom had prevailed in Europe to the contrary; founded on commercial reasons.(...) The relaxation or departure from the strict rights of war to confiscate private debts (...) eas not binding on the state of Virginia, because founded on custom only*» Sublinhado nosso.

²⁷⁸ - «*Although the certificates were to be subject to the future direction of the Legislature, yet it was under the express declaration, that there should be no confiscation, unless the King of Britain should set the example; if he should confiscate debts due to the citizens of Virginia, then the Legislature of Virginia would confiscate debts due to the British subjects. But the King of Great Britain did not confiscate debts on his part, and the Legislature of Virginia have not confiscated debts on their part*» “*Justice*” Paterson pág 3 U.S. 199, 247 e 3 U.S. 199, 248. Vide ainda 3 U.S. 199, 283 e 3 U.S. 199, 284.

²⁷⁹ - «*It is agreed that creditor, on either side, shall meet with no lawful impediment to the recovery of the full value, in sterling money, of all bona fide debts, heretofore contracted.*» 3 U.S. 199, 239. “*Justice*” Chase esmiuça detalhadamente cada expressão deste artº 4 nas págs 3 U.S. 199, 240, 3 U.S. 199, 241, 3 U.S. 199, 242. Sublinhado nosso. «*I answer, that the fourth article did intend to destroy all lawful impediments, past and future; and that the law of Virginia, and the payment under it, is a lawful impediment*» 3 U.S. 199, 242. Vide págs 3 U.S. 199, 237, 3 U.S. 199, 238, 3 U.S. 199, 244, 3 U.S. 199, 245, 3 U.S. 199, 250, 3 U.S. 199, 251, 3 U.S. 199, 283, 3 U.S. 199, 284. Vide por último Charles F. Hobson *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, Ob. Cit. pág 1065.

²⁸⁰ - «*Our Federal Constitution establishes the power of a treaty over a the Constitution and laws of any of the States; (...) and are sufficient to nullify the law of Virgínia* » 3 U.S. 199, 244 e 3 U.S. 199, 245; «*The treaty annuls the confiscation*» “*Justice*” Wilson 3 U.S. 199, 281. Vide ainda Richard E. Ellis *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, ob. Cit. pág 723.

americanos devem “*overrule*” todas as decisões judiciais contrárias ao tratado. Esta decisão estabelece os tratados como «*the supreme law, by the constitution of the United States*».²⁸¹ Porém será o caso seguinte a confirmar esta decisão e a afirmar a “*supremacy clause*”.

Com *Foster Vs Neilson*²⁸² de 1829 dá-se então mais um pequeno avanço. O caso envolvia a disputa de uma parcela de terra²⁸³ entre o atual estado do Louisiana e da Flórida. Os queixosos reclamavam o direito a essa parcela de terreno, supostamente adquirida ao então estado espanhol. A referida parcela de terra, foi adquirida pelo estado francês à Espanha pelo tratado de St. Ildefonso em outubro de 1800 e posteriormente vendido pela França de Napoleão aos EUA, em 1803. Este último acordo foi ratificado em outubro de 1803 pelo Congresso americano naquilo que ficou conhecido como o «*Louisiana purchase*».²⁸⁴

Posteriormente a parcela em questão seria incorporada na União como sendo parte do estado do Alabama.²⁸⁵ A importância deste caso deve-se, essencialmente, ao entendimento de que uma questão de fronteiras é mais uma questão política de que judicial e, portanto, trata-se de uma questão em que o poder judicial deve ficar de fora.²⁸⁶ Por último, o tratado internacional celebrado com a França será igual a uma lei federal e terá a mesma força.²⁸⁷

Ainda no campo internacional da “*Supremacy Clause*” podemos referir aqui os acordos executivos internacionais²⁸⁸ que, nos EUA, não são sujeitos a ratificação pelo Congresso e que são da exclusiva responsabilidade do presidente americano. Em *U.S Vs Belmont*²⁸⁹ de 1937 a “*Supremacy Clause*” expandiu-se, abrangendo, nesta terceira situação não só os tratados internacionais como também os acordos executivos internacionais.

²⁸¹ - 3 U.S. 199, 284. “*Justice*” Wilson.

²⁸² - FOSTER VS. NEILSON, 27 U.S. 253 (1829). Marshall como relator. Vide *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, ob. Cit. pág. 1026. Decisão no link <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=27&page=253>

²⁸³ - Sobre os factos vide 27 U.S. 253, 254, 27 U.S. 253, 255, 27 U.S. 253, 256, 27 U.S. 253, 257, 27 U.S. 253, 298, 27 U.S. 253, 299, 27 U.S. 253, 300, 27 U.S. 253, 301.

²⁸⁴ - 27 U.S. 253, 300 e 27 U.S. 253, 301. Venda efectuada por 15 milhões de dólares, Francis Freedom, *Sinopse da História dos Estados Unidos da América*, Ob. Cit. pág. 32.

²⁸⁵ - 27 U.S. 253, 308 e 27 U.S. 253, 309.

²⁸⁶ - «*A question like this respecting the boundaries of nations, is, as has been truly said, more a political than a legal question*; Idem, ibidem. «*The judiciary is not that department of the government, to which the assertion of its interests against foreign powers is confided*» 27 U.S. 253, 307.

²⁸⁷ - «*Our constitution declares a treaty to be the law of the land. It is, consequently, to be regarded in courts of justice as equivalent to an act of the legislature.*» 27 U.S. 253, 314.

²⁸⁸ - Como exemplo Yalta ou Potsdam. «*An international agreement, not a treaty, concluded by the president without senatorial consent on the president's authority as commander in chief and director of foreign relations.*» em Roy M. Mersky e Cindy L. Tate, Gary Hartman, *Landmark Supreme Court Cases, The Most Influential Decisions of The Supreme Court of the United States*, ob. Cit. pág. 541. Vide pág. 155 e ss de Jónatas E. M. Machado, *Direito Internacional*, 4ª Edição, Coimbra Editora SA. Outubro de 2013.

²⁸⁹ - UNITED STATES VS. BELMONT, 301 U.S. 324 (1937). Decisão no link <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=301&page=324>

A Petrograd Metal Works era uma empresa russa que antes de 1918 tinha uma conta e dinheiro no banco privado de August Belmont, no estado de Nova Iorque. Com a chegada dos comunistas ao poder, em 1918, o governo soviético decretou que dissolvia e nacionalizava toda e qualquer a propriedade da empresa, incluindo a conta no banco do Senhor Belmont.²⁹⁰

Como a conta e o dinheiro eram agora propriedade do governo soviético em virtude do decreto, o governo soviético efetuou um pedido ao banco para obter de volta o dinheiro, pedido esse que foi recusado pelo banco. Na sequência deste caso e da troca de correspondência e exigências entre o governo americano e soviético é alcançado um acordo, posterior a 1933, no qual o governo soviético se comprometia a não aplicar diretamente as suas exigências aos nacionais americanos. Todas as reivindicações soviéticas seriam entregues ao Governo americano que por sua vez informaria o estado soviético dos montantes obtidos.²⁹¹

O caso chegou aos tribunais inferiores e estes consideraram que como o banco se situava no estado de Nova Iorque, caso aplicassem o decreto de nacionalização soviético estariam a praticar um acto de confisco. Por outro lado tal situação contrariava a política pública do estado de Nova Iorque.²⁹² O “*Supreme Court*” responde a estas duas argumentações afirmando que nenhuma política estadual poderá prevalecer contra um acordo internacional. Esse acordo resulta de relações diplomáticas estabelecidas entre dois estados, envolvendo a troca de embaixadores, e é o culminar de um compromisso entre dois governos no qual a competência do Presidente americano não poderá ser colocada em causa.

Portanto o poder governamental sobre os negócios estrangeiros é exclusivamente da competência do governo federal. Por isso o acordo não precisa do conselho e consentimento do Senado.²⁹³ Para desempenhar os poderes nas suas relações externas e no poder federal os estados e as constituições estaduais não podem ser um obstáculo nem podem interferir.²⁹⁴ Consagra-se então, a

²⁹⁰ - «*Enacted a decree by which it dissolved,terminated, and liquidated the corporation (together with others), and nationalized and appropriated all of its property and assets of every kind and wherever situated, including the deposit account with Belmont.*» 301 U.S. 324, 326.

²⁹¹ - «*The Soviet government would take no steps to enforce claims against American nationals; but all such claims were released and assigned to the United States, with the understanding that the Soviet government was to be duly notified of all amounts realized by the United States from such release and assignment* »301 U.S. 324, 326.

²⁹² - 301 U.S. 324, 327.

²⁹³ - «*We held that although this might not be a treaty requiring ratification by the Senate, it was a compact negotiated and proclaimed under the authority of the President.*» 301 U.S.324, 331.

²⁹⁴ - «*State Constitutions,state laws, and state policies are irrelevant to the inquiry and decision. It is inconceivable that any of them can be interposed as an obstacle to the effective operation of a federal constitutional power.*» 301 U.S.324, 332.

supremacia dos acordos executivos internacionais sobre os estados, as suas constituições e leis. Esta posição veio a ser confirmada na decisão seguinte, *United States Vs Pink* de 1942.²⁹⁵

²⁹⁵ - Nesse sentido Harold G. Maier *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, Ob. Cit. pág 647.

CAPÍTULO XII - CONTROLO SOBRE O PODER EXECUTIVO

O poder executivo é o mais poderoso dos três poderes e «quanto mais extenso e independente for o poder, mais perigosos serão os abusos que, com ele, se podem cometer».²⁹⁶

Nos EUA reúne-se toda a vontade e poder de uma nação numa só pessoa, o Presidente. Não é por acaso que a eleição do Presidente é tão marcante na vida de qualquer cidadão americano. Todos os norte-americanos sabem, e percebem, a importância de eleger o candidato mais adequado para desempenhar essa função.²⁹⁷ Eles sabem que ao elegerem um candidato irão colocar no cargo uma pessoa que terá o maior poder de qualquer estado democrático no mundo.

O poder executivo é visto nos EUA como um todo ao contrário do que sucede na Europa. Esse todo engloba o governo (Presidente e secretários de estado) e a Administração Pública. Para os americanos ambos são indissociáveis.²⁹⁸ Como ambos fazem parte da mesma máquina, ambos precisam de ser controlados. O controlo terá de ser feito, obviamente, a nível político pelos cidadãos, partidos e até pela imprensa, mas de forma mais relevante pelo poder judicial. Só ele poderá impedir e enfrentar os abusos que possam surgir.²⁹⁹

Impõe-se de imediato uma questão: como se controla um presidente?

Como é que o poder judicial controla directamente alguém que foi democraticamente eleito? A verdade é que o poder judicial não controla a atuação do Presidente *a priori*. O controlo só poderá existir após os actos terem sido praticados, um controlo *a posteriori*. Mesmo nessa eventualidade os presidentes poderão invocar a sua imunidade executiva.³⁰⁰

No geral, os tribunais têm sido cautelosos e não se têm expandido em afirmar o seu domínio ou controlo sobre o Presidente americano³⁰¹.

Assim, na fase inicial da vida desta nação, os presidentes tiveram privilégios na forma como se dirigiram aos tribunais. Tanto que Thomas Jefferson, enquanto presidente americano, no caso de *Aaron*

²⁹⁶ - Alexis de Tocqueville, *Da Democracia na América*, Ob. Cit. pág 191.

²⁹⁷ - «É que o Presidente é uma pessoa bem como uma instituição(...)» L. H. Tribe apud Lourenço Vilhena de Freitas, *O Modelo Jurídico- Institucional da União Europeia, Aproximação a um Modelo Pós-Confederal*, ob. Cit. pág 24.

²⁹⁸ - «Importa contudo reconhecer(...)o facto dos constitucionalistas americanos não valorizarem a distinção entre Executivo e Administração(...)» Pedro de Vasconcelos *A Separação dos Poderes na Constituição Americana, do Veto Legislativo ao Executivo Unitário*, ob. Cit. pág 99.

²⁹⁹ - Sobre a faculdade de impedir, Montesquieu, *Do Espírito das Leis*, ob. Cit. pág 310.

³⁰⁰ - «Presidents have generally claimed absolute immunity, meaning that, except for impeachment proceedings, they can personally ignore all other processes of law» em Samuel Krislov *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States* ob. Cit. pág 309. Sobre o “executive immunity” vide o mesmo autor nas págs 309 e ss.

³⁰¹ - Idem Ibidem «Courts have been quite circumspect with both ex- presidents and sitting chief executives.(...)constitutional authorities have generally interpreted Court accommodations as claiming little or no authority over the president in an official capacity».

Burr,³⁰² como no de *Marbury Vs Madison*, foi autorizado a não comparecer nas audiências e ainda lhe foi permitido responder por escrito às perguntas formuladas.³⁰³

Esta prudência, respeito e cautela foi novamente demonstrada pelo poder judicial no caso *State of Mississippi Vs Johnson*.³⁰⁴ O caso remonta ao término da Guerra Civil Americana e à aprovação de uma lei, o *Reconstruction Acts*, que dividia o antigo território confederado em cinco distritos militares. A lei atribuía ao Presidente Americano a tarefa de nomear os respetivos oficiais de comando, para cada um dos distritos, permitia o uso da força militar e a criação de tribunais militares e de um governo temporariamente militar que impusesse a ordem.³⁰⁵ Ora o Estado do Mississippi alegou que tal lei era inconstitucional uma vez que violava os direitos sagrados dos estados e acarretava a destruição do Governo local pelo Congresso. O estado solicita então ao “*Supreme Court*” uma injunção na qual ordene ao Presidente Americano que não atue dessa forma.³⁰⁶ Argumentam ainda que, quem desobedece ao tribunal, desobedece à Constituição.³⁰⁷

Na defesa do Presidente Andrew Johnson, o procurador geral Stanbery afirma que o presidente não pode ser julgado enquanto for presidente mas só depois de já não exercer essa função de representante do povo.³⁰⁸

Em mais de dez páginas de alegações e contra-alegações das partes responde o “*Supreme Court*” de forma prudente e distante, aparentando até por vezes fugir ao âmago da questão. No entanto legítima a atuação presidencial.³⁰⁹ Apesar de legitimar a actuação Presidencial como o cumprimento de um dever, o “*Chief Justice*” Chase assegura que essa atuação, depois de realizada, poderá ser alvo de controlo judicial.³¹⁰

³⁰² - Vice Presidente americano no governo de Thomas Jefferson, acusado de traição e absolvido no caso *United States Vs Burr* (1807). Sobre este caso vide em especial *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, ob. Cit. pág 124, 125 e 435.

³⁰³ - *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, Ob. Cit pág 309.

³⁰⁴ - *STATE OF MISSISSIPPI VS. JOHNSON*, 71 U.S. 475 (1866); Votação 9 a 0. Relator “*Chief justice*” Chase. Vide ainda; *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, Ob Cit págs 160, 309, 442, 645, 827. Decisão no link <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=71&page=475>

³⁰⁵ - Sobre os factos deste caso 71 U.S. 475, 71 U.S. 475, 476 e 71 U.S. 475, 477.

³⁰⁶ - 71 U.S. 475, 478, 71 U.S. 475, 479, 71 U.S. 475, 480.

³⁰⁷ - «*What! The President of the United States not obey the mandate of this court? If he does not, he disobeys the mandate of the Constitution*». 71 U.S. 475, 494.

³⁰⁸ - «*Then for any wrong he has done to any individual, for any murder or any crime of any sort which he has committed as President, then and not till then can he be subjected to the jurisdiction of the courts. Then it is the individual they deal with, not the representative of the people*» 71 U.S. 475, 485.

³⁰⁹ - «*The duty thus imposed on the President is in no just sense ministerial. It is purely executive and political*» 71 U.S. 475, 499.

³¹⁰ - Nesse sentido Donald G. Nieman «*Chase asserted that the president’s unique position gave him a constitutional responsibility to execute the laws. The court could not restrain him from carrying out this responsibility, although once he did so, his actions were subject to challenge in the courts.*» em *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, Ob Cit. pág 646.

Há no entanto um caso que irá mudar a atitude de prudência e distanciamento do poder judicial face ao poder executivo. Este caso, de 1974, irá alterar totalmente o “*executive privilege*”³¹¹ de que gozavam os presidentes até então. É muito importante salientar que se tratava de um caso criminal. «*A investigação de uma comissão do Senado sobre o encobrimento da invasão da sede do partido democrata no Hotel Watergate em Washington D.C. levou directamente aos principais colaboradores do presidente. A investigação revelou também que o presidente Richard Nixon tinha instalado um sistema automático de gravação no Salão Oval. Leon Jaworski, nomeado promotor especial para a investigação do Caso Watergate, solicitou algumas fitas que poderiam servir de prova para a acusação de funcionários de alto escalão*».³¹²

Perante estes factos é interposta uma ordem de *subpoena*³¹³ pelo juiz John Sirica, do “*Federal District Court*”, ao Presidente Americano para que fossem entregues as referidas gravações, já anteriormente solicitadas pelos *special prosecutor* Archibald Cox e Leon Jaworsky. O caso sobe ao “*Supreme Court*” e surge então *United States Vs Nixon*.³¹⁴

Perante o “*Supreme Court*” os advogados de Nixon basearam a sua defesa em três argumentos, todos eles rejeitados.

O primeiro argumento apresentado referia que se tratava de uma disputa entre o Presidente e o *Special Prossecutor*, apontado especialmente para este caso e que, logo, se tratava de uma disputa “interna” do poder executivo e não sujeita a ser “*justicializada*” devido à ausência de um caso ou controvérsia. O tribunal começa por argumentar pela legitimidade e pela autoridade dos poderes do *Attorney General*, atribuídos pelo Congresso, para conduzir a litigação criminal.³¹⁵ De seguida afirma que ainda segundo a autoridade do Congresso lhe foram atribuídos poderes para nomear funcionários

³¹¹ - Também designado por «*presidential discretion to withhold information*», trata-se de um direito conferido ao presidente, para em função do cargo que desempenha, poder ocultar informações sensíveis e confidenciais, no melhor interesse da nação. Vide novamente vide Samuel Krislov em *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, Ob Cit. pág 310.

³¹² - Em Departamento de Estado dos Estados Unidos da América, *Perfil do Sistema Judiciário dos EUA*, Ob. Cit. pág 165.

³¹³ - “*Subpoena Duces Tecum*” Sob pena de...; Ordem judicial mandatória para a entrega de um documento ou para a prestação de um depoimento. Vide William M. Wiecek em *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, Ob. Cit. pág 989.

³¹⁴ - UNITED STATES VS. NIXON, 418 U.S. 683 (1974), votação 8 a 0. Relator “*Chief Justice*” Warren Earl Burger, o típico “*Self-made man*” americano. “*Chief justice*” de 1969 a 1986. Curiosamente foi nomeado pela pessoa contra a qual teve de decidir o caso mais importante sobre um Presidente Americano, Richard Nixon. Sobre este “*Chief Justice*” vide Jeffrey. B. Morris, *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, ob. Cit pág 122 e ss. Decisão deste caso no link <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=418&invol=683>. Sobre a envolvimento bastante colorida deste caso vide em especial Samuel Krislov *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, ob. Cit. pág 688 e ss. Cfr Gary Hartman, *Landmark Supreme Court Cases, The Most Influential Decisions of The Supreme Court of the United States*, ob.cit. pág 233. Vide ainda Departamento de Estado dos Estados Unidos da América, *Perfil do Sistema Judiciário dos EUA*, Ob. Cit. pág 165 e ss. Por último *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, Ob Cit. págs 123, 165, 166, 541, 667.

³¹⁵ - «*Conduct the criminal litigation of the United States Government*» 418 U.S. 683, 694.

que o assistem. Agindo de acordo com a lei o *Attorney General* delegou poderes ao *Special Prosecutor* que possui autoridade para representar os EUA.³¹⁶

Tem então o *Special Prosecutor* legitimidade para prosseguir o caso ao abrigo dessa delegação de poderes, para invocar a entrega das referidas gravações. Quanto à segunda parte do primeiro argumento, o “*Supreme Court*” decide que há efetivamente uma disputa.³¹⁷ Conclui então o “*Supreme Court*” que, considerando a especificidade da envolvência na qual o conflito surge, o facto de os envolvidos serem membros do poder executivo não poderá ser visto como uma barreira à justiciabilidade.³¹⁸

O segundo argumento utilizado pela defesa de Nixon concretizou-se no invocar que o tribunal não tinha o poder de o obrigar a entregar tais gravações. O “*Supreme Court*” responde que o *subpoena* poderia ser anulado se fosse não razoável ou opressivo,³¹⁹ o que não era obviamente o caso. O “*Supreme Court*” vai mais longe e diz que no pedido de *subpoena* o *Special Prosecutor* teria de satisfazer três requisitos: 1º Relevância. 2º Admissibilidade. 3º Especificidade.³²⁰

Depois o “*Supreme Court*” explicita as razões e a forma como o procurador construiu o seu caso, de forma a solicitar as gravações, afirmando que as gravações possuem provas para sustentar a acusação.³²¹ O “*Supreme Court*” verificou e analisou, de forma exaustiva e cautelosa, se o pedido de *subpoena* tinha preenchido todos os critérios formais, concluindo pela afirmativa.³²²

O terceiro e último argumento apontado pelos advogados de Nixon é, em nossa opinião, o mais relevante. Aborda a questão do “*executive privilege*” e da confidencialidade executiva. Afirmaram eles que o Presidente teria direito a um privilégio absoluto perante os tribunais, ao abrigo do artº II da Constituição. Ao abrigo desse privilégio, caberia ao presidente e não aos tribunais definir o âmbito do privilégio.³²³ Por outro lado, mesmo que coubesse aos tribunais decidir sobre o alcance do privilégio

³¹⁶ - Idem, Ibidem «to appoint subordinate officers to assist him in the discharge of his duties. Acting pursuant to those statutes, the Attorney General has delegated the authority to represent the United States in these particular matters to a Special Prosecutor with unique authority and tenure».

³¹⁷ - «The demands of and the resistance to the subpoena present an obvious controversy in the ordinary sense, but that alone is not sufficient to meet constitutional standards. In the constitutional sense, controversy means more than disagreement and conflict(...) Here at issue is the production or nonproduction of specified evidence deemed by the Special Prosecutor to be relevant and admissible in a pending criminal case» 418 U.S. 683, 696 e 418 U.S. 683, 697.

³¹⁸ - «In light of the uniqueness of the setting in which the conflict arises, the fact that both parties are officers of the Executive Branch cannot be viewed as a barrier to justiciability» 418 U.S. 683, 697.

³¹⁹ - «“unreasonable or oppressive,” but not otherwise» 418 U.S. 683, 698.

³²⁰ - «(1) relevancy; (2) admissibility; (3) specificity» 418 U.S. 683, 700.

³²¹ - Idem. «of the subpoenaed tapes contains evidence admissible with respect to the offenses charged in the indictment».

³²² - «Special Prosecutor has made a sufficient showing to justify a subpoena for production before trial» 418 U.S. 683, 702.

³²³ - «Ascertain the scope of the executive privilege» No desenvolvimento deste terceiro argumento sufragado pelos advogados de Nixon, vide em especial Gary Hartman, *Landmark Supreme Court Cases, The Most Influential Decisions of The Supreme Court of the United States*, ob. Cit. pág 234.

executivo, as gravações estariam ao abrigo da confidencialidade executiva. O “*Supreme Court*” vai então desmontar novamente estes elementos do terceiro argumento.

O “*Supreme Court*” irá afirmar que caberá a ele e a mais ninguém decidir o que é a lei, reafirmando o exposto em *Marbury Vs Madison*,³²⁴ sendo o definitivo intérprete da constituição.³²⁵ Cabe portanto ao “*Supreme Court*”, logo ao poder judicial, decidir o que é o privilégio executivo e o alcance do mesmo e não ao poder executivo, como pretendiam os advogados de Nixon.³²⁶

Depois, o tribunal irá rejeitar o privilégio executivo como algo absoluto. Mesmo que as comunicações entre membros do governo sejam necessariamente confidenciais, e mesmo que estejam protegidas ao abrigo de um privilégio executivo, esse privilégio não poderá ser total.³²⁷ Isto porquanto esse privilégio absoluto iria chocar com as funções dos tribunais e a intenção dos *founding fathers*, que não era construir um sistema de separação de poderes totalmente independente, mas sim autónomo e interventivo. Como neste caso está em causa a prática de um crime e para que a verdade factual possa vir ao de cima, de forma a revelar a prática material do mesmo, impõe-se neste caso o *subpoena* sobre o privilégio executivo. De outra forma o privilégio executivo serviria para encobrir a prática de um crime.

Os EUA escolheram ter um sistema adversarial de justiça, no qual é fundamental o apuramento de todos os factos. Para que a verdade venha ao de cima é imperativo que todos os factos sejam divulgados e analisados. Só assim a consistência do sistema implementado poderá sobreviver.³²⁸

O privilégio executivo não é absoluto mas sim presumível e terá de ser analisado casuisticamente e sujeito às necessidades do direito e da lei.³²⁹

³²⁴ - «"[i]t is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is"» 418 U.S. 683, 703.

³²⁵ - «is a responsibility of this Court as ultimate interpreter of the Constitution» 418 U.S. 683, 704. Tribunal citando *Baker vs. Carr*.

³²⁶ - Esta ideia de que cada poder (executivo, legislativo e judicial), possa interpretar o que é a Constituição Americana, não é nada mais nada menos do que a ideia Jeffersoniana da doutrina de «Co-ordinate construction». Nesta doutrina cada poder é livre de decidir e interpretar a Constituição por si, sem se sujeitar a interpretações e imposições alheias de outros poderes. Obviamente é a visão incorrecta e a que não se impôs nos EUA, **que claramente adoptou a judicialização da interpretação constitucional**. Sobre este assunto vide John Brigham *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, ob. Cit.pág 538 e ss.

³²⁷ - «However, neither the doctrine of separation of powers, nor the need for confidentiality of high-level communications, without more, can sustain an absolute, unqualified Presidential privilege of immunity from judicial process under all circumstances» 418 U.S. 683, 706.

³²⁸ - «(...) adversary system of criminal justice in which the parties contest all issues before a court of law. The need to develop all relevant facts in the adversary system is both fundamental and comprehensive.(...) The very integrity of the judicial system and public confidence in the system depend on full disclosure of all the facts, within the framework of the rules of evidence» 418 U.S. 683, 709.

³²⁹ - «(But) this presumptive privilege must be considered in light of our historic commitment to the rule of law» 418 U.S. 683, 708.

O tribunal reconhece que existe esse privilégio e que é imperativo que certos assuntos permaneçam confidenciais, nomeadamente os segredos militares e diplomáticos. Recorrendo ao acórdão *Chicago & Southern Air Lines Vs. Waterman S. S. Corp*, o relator demonstrou que o presidente não invocou o privilégio executivo ao abrigo desses segredos militares ou diplomáticos, limitou-se a invocar a confidencialidade ao abrigo da ideia geral de privilégio executivo.³³⁰ Como tal, as gravações não são material confidencial/secreto e devem ser entregues ao tribunal, devendo as mesmas ser analisadas pelo *Special Prosecutor* e devolvidas “*under seal*” ao seu legítimo “*custodian*”, no entanto, como podem envolver o tratamento de matérias ditas sensíveis, não deverão ser vistas por mais ninguém.

Nixon cumpriu o ordenado pelo “*Supreme Court*” e em poucas semanas renunciou ao seu cargo. O caso Nixon teve como relevância o reconhecimento e a delimitação do presumível privilégio executivo e dos seus limites. Para além disso, e em nosso entender, mais relevante, reafirmou a primazia do poder judicial sobre o poder executivo.³³¹

Enquadrar a Atuação Executiva

Nem sempre o poder judicial controla ou restringe a atuação do poder executivo. Por vezes também legitima e enquadra a sua actuação. Bastam dois exemplos para fundamentar esta afirmação.

O primeiro diz respeito ao caso *United States vs. Curtiss-Wright Export Corporation*.³³²

Neste caso uma empresa, Curtiss Export, é levada a tribunal pelo facto de ter «*conspired to sell*» à Bolívia quinze metralhadoras durante o conflito armado do Chaco. Ao ter agido desta forma a empresa tinha violado a resolução conjunta do congresso e de forma ainda mais direta as «*provisions of a proclamation issued on the same day by the President of the United States pursuant to authority conferred by section 1 of the resolution*».³³³ A empresa argumentou em sua defesa que a proclamação

³³⁰ - «*The President, both as Commander-in-Chief and as the Nation's organ for foreign affairs, has available intelligence services whose reports are not and ought not to be published to the world. It would be intolerable that courts, without the relevant information, should review and perhaps nullify actions of the Executive taken on information properly held secret*» 333 U.S. 103 , 111.

³³¹ - «*This decision was widely heralded as saving the country from executive tyranny and was accepted as an assertion of the authority of the Supreme Court as the “final arbiter” in constitutional matters*» John Brigham ,*The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, Ob. Cit. pág 540. Sublinhados nossos.

³³² - UNITED STATES VS. CURTISS-WRIGHT EXPORT CORPORATION, 299 U.S. 304 (1936). Relator “Justice” Sutherland. Votação 7 para 1. Sobre este caso Lourenço Vilhena De Freitas, *O Modelo Jurídico- Institucional da União Europeia, Aproximação a um Modelo Pós-Confederal*, ob. Cit. pág 25. Vide ainda *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, Ob. Cit. pág 243, 257, 355, 494, 907 e 981. Decisão no link <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=299&invol=304>

³³³ - 299 U.S. 304, 311. Vide ainda a pág 299 U.S. 304, 312 a 299 U.S. 304, 315, para a proclamação integral do presidente.

do congresso era vazia uma vez que tinha sido feita uma «*unlawful*» delegação de poderes para o poder executivo.

Na sua decisão o “*Supreme Court*” enuncia que o Governo federal tem essencialmente duas áreas de atuação. A interna (doméstica) e a externa (internacional) e que a distinção entre elas é o cerne da questão. O tribunal argumenta que a nível interno é normal interpretar os poderes do executivo como os poderes enumerados. Os poderes implícitos são necessários para colocar em prática os poderes enumerados.³³⁴ São, portanto, os poderes indicados na constituição e os que resultam dessa enumeração. No fundo a nível interno há uma constituição que limita, delimita e guia a atuação executiva.

O que acontece a nível externo com os poderes do presidente é diferente. Para o tribunal os poderes do presidente na sua atuação internacional derivam dos poderes herdados (*inherent powers*).

Antes de avançar mais na análise da decisão é necessário desenvolver um pouco o que são os *inherent powers*, poderes “herdados” que são controversos no sistema constitucional americano. São «*poderes que estão implicitamente na posse de um governo, ou devendo-o à natureza da soberania ou a uma interpretação permissiva da linguagem da constituição*». ³³⁵ Por norma quando se fala deste poder, o mesmo diz respeito à atuação do presidente e do seu governo.

United States vs. Curtiss-Wright Export Corporation é o expoente máximo da doutrina do *inherent powers*. Aqueles que se opõem a este poder invocam o caso *Youngstown Sheet & Tube Co. Vs Sawyer*, onde o “*justice*” Black afirmou que «*The president’s power, if any...must stem either from an act of Congress or from the Constitution itself*»; ³³⁶ assim, todos os poderes que não forem atribuídos por esta forma estarão reservados ao povo e aos estados.

Tendo feito este pequeno desvio estamos agora em condições de regressar ao aresto que incidiu sobre a atuação da Curtiss Export.

Expõe o tribunal, durante a época colonial esses poderes eram exercidos pela coroa e, pela declaração de Independência, foi transferida a soberania da coroa britânica para as colónias e destas, posteriormente na sua capacidade colectiva e corporativa, para o governo americano.³³⁷ Os poderes do presidente e a sua capacidade de atuação externa são então, herdados dos poderes de soberania das

³³⁴ - «*Specifically enumerated in the Constitution, and such implied powers as are necessary and proper to carry into effect the enumerated powers, is categorically true only in respect of our internal affairs*» 299 U.S. 304, 316.

³³⁵ - Tradução nossa da definição dada por Donald L. Robinson em *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, Ob. Cit. pág 494. Toda a informação dada sobre este poder, segue a sequência deste autor.

³³⁶ - Idem, Ibidem, Donald L. Robinson citando “*justice*” Hugo Black.

³³⁷ - «*In their collective and corporate capacity as the United States of America*» 299 U.S. 304, 316.

colónias americanas, os poderes da nação americana, já que as colónias e a sua união existiram antes do estado americano para formarem a união perfeita.³³⁸

Portanto os poderes do governo federal em assuntos internacionais resultam da «*história e estrutura da constituição em vez do conteúdo da mesma*». ³³⁹ Perante a multiplicidade de situações que surgem no âmbito internacional, guerras, tratados de paz, estabelecimento de relações diplomáticas, só o presidente terá o poder de falar como representante da nação.³⁴⁰

O alcance deste acórdão foi enorme. Garantiu que caberá ao Governo e ao poder executivo, de forma exclusiva, a atuação internacional.³⁴¹ É importante referir que esta decisão não é uma carta branca total para a atuação internacional do poder executivo. De facto ainda se mantém uma dependência face ao poder legislativo.³⁴²

O segundo exemplo será mais sucinto. Trata-se do caso *Chicago & Southern Air Lines Vs. Waterman S.S. Corp.* ³⁴³ O caso envolvia a recusa do presidente em atribuir uma licença a uma empresa de aviação e a atribuir essa mesma licença a uma outra empresa rival. A licença permitiria o transporte aéreo entre os EUA e as suas possessões nas Caraíbas, assim como para certos países estrangeiros.

O Congresso estabelecia um esquema de regulação aéreo onde existiam certos requisitos estipulados. Porém, cabia ao presidente aprovar pessoalmente todos os pedidos de novas licenças.³⁴⁴ A licença estava então dependente de aprovação presidencial. “Justice” Jackson reconheceu que o transporte aéreo era um meio de transporte especial, diferente dos meios de transporte tradicionais (marítimo e terrestre).

O governo tinha que se adaptar ao novo transporte que, de certa forma, tinha surgido e tinha sido “imposto” a todos os governos do mundo. Essa adaptação era importante de forma a permitir controlar este meio de transporte e identificar os potenciais perigos para a nação, uma vez que o transporte aéreo implicava criar rotas e bases em países estrangeiros. Com base neste enquadramento

³³⁸ - «*The Union existed before the Constitution, which was ordained and established among other things to form 'a more perfect Union'*» 299 U.S. 304, 317.

³³⁹ - Tradução livre da ideia de Harold G. Maier *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, Ob. Cit. pág 243.

³⁴⁰ - «*The power to speak or listen as a representative of the nation*» 299 U.S. 304, 319.

³⁴¹ - Vide J. Woodford Howard Jr., *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, Ob. Cit. pág 355.

³⁴² - Idem Harold G. Maier, pág 244 «*The court has not recognized the full scope of executive power suggested by Justice Sutherland's sweeping language. Congressional authorization may be necessary to legitimize many executive acts*».

³⁴³ - CHICAGO & SOUTHERN AIR LINES VS. WATERMAN S.S. CORP. , 333 U.S. 103 (1948) relator “Justice” Jackson; Sobre este caso vide Lourenço Vilhena De Freitas, *O Modelo Jurídico- Institucional da União Europeia, Aproximação a um Modelo Pós-Confederal*, ob. Cit. pág 24. Decisão no link <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=333&invol=103>

³⁴⁴ - Sobre os factos do caso vide pág 333 U.S. 103 , 104 a 333 U.S. 103 , 107.

do transporte aéreo, o aresto reconheceu que, existia material dito sensível, que servia de base para a tomada de decisões executivas. E que essas mesmas informações não devem, por princípio, ser divulgadas.

Há portanto matérias nas quais o judicial não se deve intrometer por não ter aptidão ou responsabilidade para o dominar. Dentro deste material sensível é por regra incorporado o material militar e diplomático que possa colocar em risco a segurança nacional.³⁴⁵

Terminamos este capítulo, com algumas observações.

Primeiro, é o “*Supreme Court*” que tem a autoridade para decidir se o Presidente, agiu ou não de acordo com a lei.³⁴⁶

Segundo, o “*Supreme Court*” pode dar ordens e solicitar informações ao Presidente, no âmbito de processos judiciais.³⁴⁷

Como exemplos o *subpoena* emitido a Thomas Jefferson no julgamento de Aaron Burr, o *subpoena* emitido a Nixon, a ordem dada ao presidente Ford para prestar depoimento num caso crime. E vários pedidos de informação solicitados que foram cumpridos, como o do Presidente Grant e o do Presidente Carter.³⁴⁸

Não deixa de ser demonstrativo e extremamente simbólico que a tomada de posse (e o juramento) do Presidente Americano seja feita, por costume, perante o “*Chief Justice*” do “*Supreme Court*”.³⁴⁹ E ainda que o julgamento de “*impeachment*” ao presidente seja feito, novamente, perante o “*Chief Justice*” do “*Supreme Court*”.³⁵⁰

³⁴⁵ - «*It would be intolerable that courts, without the relevant information, should review and perhaps nullify actions of the Executive taken on information properly held secret.(...) But even if courts could require full disclosure, the very nature of executive decisions as to foreign policy is political, not judicial. Such decisions are wholly confided by our Constitution to the political departments of the government, Executive and Legislative.(...) They are decisions of a kind for which the Judiciary has neither aptitude, facilities nor responsibility and have long been held to belong in the domain of political power not subject to judicial intrusion or inquiry*» 333 U.S. 103 , 111.

³⁴⁶ - «*First, we have long held that when the President takes official action, the Court has the authority to determine whether he has acted within the law*» CLINTON VS. JONES 520 U.S. 681.

³⁴⁷ - Idem Ibidem «*it is also settled that the President is subject to judicial process in appropriate circumstances*».

³⁴⁸ - Todos estes exemplos e outros mais constam de CLINTON VS. JONES 520 U.S. 681.

³⁴⁹ - “*Eu juro (ou declaro) solenemente que executarei fielmente o cargo de Presidente dos Estados Unidos e que preservarei, protegerei e defenderei, o melhor que puder e souber, a Constituição dos Estados Unidos da América.*”. Juramento que o Presidente é obrigado a repetir, após, primeiro ser dito pelo “Chief Justice”. Sublinhado nosso. Procuramos a tradução portuguesa e encontrámo-la no Expresso. http://expresso.sapo.pt/dossies/dossiest_atualidade/especial tomada posse barack obama/juramento-do-presidente-em-35-palavras=f492989

³⁵⁰ - Vide Artº I Secção 3, Cláusula 6 da Constituição Americana «*When the President of the United States is tried, the Chief Justice shall preside (...)*»

O poder judicial controla, fiscaliza, restringe o poder executivo quando é necessário. Mas também dá, delimita, justifica a atuação do mesmo. Assim se confirma a superioridade do poder judicial face ao poder executivo como a autoridade suprema da nação.

CAPÍTULO XIII - DO CONTROLO DO PODER LEGISLATIVO

Enquadrar a Atuação legislativa

Nas diversas cláusulas do artº I secção 8 da constituição americana são estipulados os poderes do legislativo. Desde cedo, se especulou sobre o alcance desses mesmos poderes.³⁵¹

Cabe ao Congresso, a elaboração das leis americanas «*to make all Laws which shall be necessary and proper for carrying into Execution the foregoing Powers (...)*».³⁵² Nesta frase está consagrada a Necessary and Proper clause, cláusula “*necessária e adequada*” que legitima a actuação, a elaboração de leis e os poderes conferidos ao Congresso pela Constituição.³⁵³

Tendo por base esta cláusula emergiu um problema. O Congresso pode, na sua actuação, tomar as medidas apenas relacionadas com os poderes enumerados pela Constituição? [Doutrina dos *Enumerated Powers*]; ou poderá o Congresso ir mais além e tomar medidas que estejam naturalmente implícitas, ligadas com os poderes indicados na Constituição? [Doutrina dos *Implied Powers*].³⁵⁴ Na prática, terá o congresso apenas os poderes enumerados (indicados) na constituição? Ou terá o congresso mais poderes, incidentais, associados aos poderes enumerados na constituição?

Foi o caso judicial *McCulloch Vs. State of Maryland*³⁵⁵ que decidiu, sobre esta questão. Como o Governo deve ter poderes limitados e não absolutos, como o Congresso possui legitimidade democrática, como os poderes lhe são conferidos pelo povo e exercidos em benefício deste então, apesar de na constituição estarem enumerados os poderes do Congresso, nada na mesma exclui «*incidental or implied powers*».³⁵⁶ Como a natureza humana é fértil e a vida recheada de novas e

³⁵¹ - Lourenço Freitas fala numa repartição vertical de poderes em *O Modelo Jurídico- Institucional da União Europeia, Aproximação a um Modelo Pós-Confederal*, Ob. Cit., pág 18 e ss.

³⁵² - Artº I secção 8, cláusula 18 de Lexis Nexis, *The United States Constitution*, ob. Cit. pág 20.

³⁵³ - José Tavares, *O Federalismo*, Ob. Cit. pág 58. Alexander Hamilton, *O Federalista* nº 33 ob. Cit. pág 208.

³⁵⁴ - Vide Earl M. Maltz em *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, ob. Cit. pág 489 e 490. Sobre poderes implícitos vide ainda Marcelo Caetano, *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, ob. Cit. pág 73 e 74.

³⁵⁵ - *M'CULLOCH VS. STATE OF MARYLAND*, 17 U.S. 316 (1819). Relator “*Chief Justice*” John Marshall. Votação 7 a 0. Sobre este caso *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, Ob. Cit pág 2, 188, 214, 228, 267, 323, 351, 431, 435, 444, 490, 518, 520, 538, 547, 601, 609, 610, 614, 622 e ss, 713, 736, 748, 942, 967, 970, 975, 984, 1004, 1007, 1083, 1093. Vide Gary Hartman, *Landmark Supreme Court Cases, The Most Influential Decisions of The Supreme Court of the United States*, Ob. Cit. pág 499 e ss. Ver ainda Lourenço Vilhena De Freitas, *O Modelo Jurídico-Institucional da União Europeia, Aproximação a um Modelo Pós-Confederal*, Ob. Cit. pág 21 e ss. Vide Paulo Castro Rangel *Repensar o Poder Judicial, Fundamentos e Fragmentos*, Ob. Cit. nota 24 da pág 31. Por último Ana Maria Guerra Martins, *As Origens da Constituição Norte-Americana*, ob. Cit. pág 91,92 e 103. No desenvolvimento deste caso seguiremos de perto Richard E. Ellis *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, ob. Cit. pág 622. Decisão no link <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=17&page=316>

³⁵⁶ - 17 U.S. 316, 406.

imprevisíveis situações a constituição deve apenas salientar os pontos mais relevantes e não tentar densificar todas as situações possíveis.³⁵⁷

Conforme refere Richard E. Ellis, o Chief Justice Marshall pretendia que os poderes do Governo fossem interpretados de uma forma «*loose and expansive*»,³⁵⁸ e que a “*Necessary and Proper Clause*” existia precisamente, não para servir de restrição, mas sim para alargar o poder do Congresso e executar os poderes enumerados.³⁵⁹ O Chief Justice legitima a atuação do Congresso ao abrigo dos poderes implícitos, incorporando-a no espírito e no fim dos poderes que o Congresso possui.³⁶⁰

Apesar do poder limitado que o Governo possui ele é «*supreme within its sphere of action*».³⁶¹ Tendo a constituição delegado certos e amplos poderes ao Congresso de taxar, de regular o comércio e de declarar a guerra. Como tudo isto, tem por finalidade a prosperidade e felicidade da nação, devem então ser dados ao Congresso «*ample means for their execution*».³⁶² E isto deve-se ao direito que os governos têm de agir de acordo com os ditames da razão. Pode então o Congresso usar os meios que achar adequados e próprios para atingir os fins a que se propõe,³⁶³ desde que esse meio utilizado coloque em prática um poder enumerado pela constituição, esse poder lateral poderá ser considerado um poder implícito.

A importância deste caso deve-se essencialmente ao fortalecimento do poder judicial e ao estabelecimento de uma interpretação lata da “*Necessary and Proper Clause*” que conduziu a uma fundamental jurisprudência sobre os poderes implícitos e enumerados. Desta forma o congresso possui um poder discricionário que lhe permite actuar livremente, desde que essa actuação tenha por base os poderes atribuídos pela constituição.³⁶⁴

Controlar a Atuação Legislativa

O legislativo tem a seu cargo o poder de decidir sobre o futuro de uma nação e dos seus habitantes.

³⁵⁷ - «*Its nature, therefore, requires, that only its great outlines should be marked, its important objects designated, and the minor ingredients which compose those objects, be deduced from the nature of the objects themselves*» 17 U.S. 316, 407. Sublinhado nosso.

³⁵⁸ - Richard E. Ellis, *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, Ob. Cit. pág 623.

³⁵⁹ - Idem Ibidem «*To enlarge, not reduce, the ability of Congress to execute its enumerated powers*».

³⁶⁰ - «*Let the end be legitimate, let it be within the scope of the constitution, and all means which are appropriate, which are plainly adapted to that end, which are not prohibited, but consist with the letter and spirit of the constitution, are constitutional*» 17 U.S. 316, 421.

³⁶¹ - 17 U.S. 316, 405.

³⁶² - 17 U.S. 316, 408.

³⁶³ - «*To do an act, and has imposed on it, the duty of performing that act, must, according to the dictates of reason, be allowed to select the means*» Parte final de 17 U.S. 316, 409 e inicial de 17 U.S. 316, 410.

³⁶⁴ - Idem nesse sentido. Vide ainda Gary Hartman, *Landmark Supreme Court Cases, The Most Influential Decisions of The Supreme Court of the United States*, ob. Cit pág 501 e ainda pág 624 e ss.

Caso este poder estivesse concentrado em apenas uma câmara ou uma assembleia estaríamos perante um super poder legislativo, que não é a melhor solução para uma democracia. Tanto poder concentrado numa só instituição conduz ao despotismo da maioria. «*Os democratas têm naturalmente a tendência para concentrar toda a força social nas mãos do corpo legislativo (...) Esta concentração dos poderes, ao mesmo tempo que prejudica singularmente a boa orientação dos assuntos públicos, funda o despotismo da maioria*». ³⁶⁵

Ao criarem a segundo câmara os americanos evitaram a concentração de poderes e difundiram o poder por duas instituições. Este pequeno exemplo é elucidativo de um método de auto controle do poder legislativo americano. Mais relevante para nós é o hetero controlo promovido pelo poder judicial através do famoso “*judicial review*” e a barreira mais eficaz e importante, para evitar abusos de poder e a «*tiranía das assembleias políticas*». ³⁶⁶

Nos EUA o poder da lei está em permanente concorrência com leis estaduais e federais e em constante controlo do poder judicial «*(...) o legislativo nacional não detém o monopólio da produção normativa, estando cercado por todos os lados, seja pela constituição, seja pela Common Law, seja pelas leis estaduais; (...) pelo judicial, na actuação do controlo da constitucionalidade das leis*». ³⁶⁷

É a rejeição total da soberania da lei pelo parlamento, que recordava o domínio parlamentar britânico

Naturalmente cabe ao poder judicial a fiscalização constitucional das leis, o “*judicial review*”. Este é um dos mecanismos à disposição do federalismo judicial americano. Para controlar o poder legislativo o “*judicial review*” é o meio de autoridade que o poder judicial possui de declarar inconstitucionais leis e atos do poder legislativo, que possuem inicialmente uma presunção de constitucionalidade. ³⁶⁸

O poder de fiscalizar a constitucionalidade das leis tem dois sentidos de origem. No primeiro, o controle da atuação do poder executivo e legislativo. Numa segunda vertente a fiscalização da

³⁶⁵ - Em Alexis de Tocqueville, *Da Democracia na América*, ob. Cit. pág 194. Vide ainda James Madison, *O Federalista* nº 62 ob. Cit. pág 385. «*A necessidade de um Senado não é menos indicada pela propensão de todas as assembleias únicas e numerosas para se entregarem ao impulso de paixões súbitas e violentas, e para serem seduzidas por chefes facciosos (...)*».

³⁶⁶ - Alexis de Tocqueville, *Da Democracia na América*, ob. Cit. pág 144. Ver James Madison, *O Federalista* nº 48 ob. Cit. pág 312.

³⁶⁷ - Paulo Castro Rangel, *Repensar o Poder Judicial, Fundamentos e Fragmentos*, Ob. Cit. pág 34.

³⁶⁸ - «*(...) and that a state statute is entitled to a presumption of constitutionality*» 505 U.S. 1003, 1039 do caso LUCAS VS. SOUTH CAROLINA COASTAL COUNCIL, 505 U.S. 1003 (1992) decisão no link <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=505&page=1003> . O precedente sobre a presunção de constitucionalidade foi estabelecida em *United States Vs. Carolene Products Co* 304 US 144 de 1938.

supremacia dos tribunais federais sobre as leis estaduais e decisões judiciais que envolvem matérias da constituição federal.³⁶⁹

O “*judicial review*” inverte o paradigma, de Montesquieu, do juiz como “*la bouche qui prononce les paroles de la loi*”. Nos EUA não temos um juiz sujeito à lei, «*será a lei que estará sujeita ao juiz*»³⁷⁰ e também obviamente à constituição federal tornando o juiz, forçosamente, um criador do direito e uma parte fundamental do processo legislativo. Nos tribunais superiores, em especial, cabe-lhe a ele reconciliar a lei aos factos. Tudo isto é natural porque nem sempre o legislador tudo prevê, nem sempre elabora leis de forma correta, sendo por vezes ambíguo nas suas intenções.³⁷¹

Um dos aspetos peculiares do “*judicial review*” é que o mesmo é pioneiro e não nasce de iniciativas legislativas ou doutrinárias. Ele surge de decisões jurisprudenciais, como uma ferramenta essencial de trabalho e de controlo. Convém salientar ainda que não existe nenhuma disposição na própria constituição federal que atribua o “*judicial review*” ao poder judicial.³⁷²

Foi criado como um instrumento necessário e obrigatório para o federalismo judicial poder determinar o que é a lei, que leis são inconstitucionais e de seguir as vontades históricas assentes na constituição, exercendo a sua autoridade e controlo sobre os demais poderes, ao ponto de poder definir que mecanismos de defesa têm esses poderes contra o poder judicial.³⁷³ Um poder essencialmente elástico, moldável e sempre presente numa nação em constante mudança. Um verdadeiro poder constituinte atribuído ao poder judicial, porque só a ele cabe o poder e o direito de interpretar a constituição, que só poderá ser ultrapassado numa situação excepcional de emenda constitucional³⁷⁴ ou através de novas leis.

Viriato Soromenho-Marques afirmou que o “*Supreme Court*” foi o primeiro tribunal constitucional da história, mais de um século antes de Hans Kelsen ter desenvolvido as suas ideias de

³⁶⁹ - Nesse aspecto John Brigham, *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, Ob. Cit. pág 536 e ss. Ainda Departamento de Estado dos Estados Unidos da América *Perfil do Sistema Judiciário dos EUA*, ob. Cit. pág 25 e 26.

³⁷⁰ - Cfr. Paulo Castro Rangel, *Repensar o Poder Judicial, Fundamentos e Fragmentos*, Ob. Cit. pág 41.

³⁷¹ - Sobre o papel criativo do juiz vide William J. Keefe E Morris S. Ogul, *The American Legislative Process, Congress and the States*, ob. Cit. pág 420 e 421.

³⁷² - O *Judicial Review* «*is a distinctive power associated with the Supreme Court that is nowhere specifically mentioned in the Constitution*» em John Brigham, *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, Ob. Cit. pág 536 e ss. Vide William J. Keefe E Morris S. Ogul, *The American Legislative Process, Congress and the States*, ob. Cit. pág 423. Ainda Ana Maria Guerra Martins, *As Origens da Constituição Norte-Americana*, ob. Cit. pág 99.

³⁷³ - Wallace Mendelson *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, Ob. Cit. pág 910.

³⁷⁴ - Os casos de reversão por emenda constitucional são raros nos EUA. William J. Keefe e Morris S. Ogul, *The American Legislative Process, Congress and the States* ob. Cit. pág 428 falam em seis casos. Wallace Mendelson, *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, ob. Cit. pág 906 fala em quatro casos. Qualquer que seja o número verídico uma coisa é óbvia, são poucos os casos.

“reapreciação judicial das leis”.³⁷⁵ Mas o “*Supreme Court*” é muito mais do que um tribunal constitucional.

No “*Supreme Court*” temos um tribunal judicial que, ao decidir de um caso concreto, lesa indiretamente as leis. Nas suas muitas decisões algumas serão alvo de um escrutínio público. Um tribunal legitimado por um sistema judicial que lidera e toma decisões que têm impacto político.

A atividade judicial está intrinsecamente associada às consequências políticas da decisão, o juiz não se pode esquivar a decidir o caso, porque tem um litígio para decidir. É o “*judicial review*” que faz toda a diferença, tornando o “*Supreme Court*” um tribunal com competências constitucionais que fiscaliza sempre casuisticamente e de forma difusa.

O Federalismo judicial americano apresenta-se, como um ator político, com o poder de recusar aplicar leis, que considera inconstitucionais. Todo o sistema judicial se rebela contra a inconstitucionalidade, porque todos os tribunais podem apreciar a constitucionalidade de atos ou leis. As leis afetadas por inconstitucionalidade são atacadas judicialmente e portanto não aplicadas. Perante isto ou se altera a constituição ou a lei. A lei muda-se, a constituição torna-se forçosamente rígida, mas a sua interpretação “elástica” para ser adaptada pelos tribunais.³⁷⁶

Como Surgiu o “*Judicial Review*”³⁷⁷

As origens do “*Judicial Review*” remontam ao domínio britânico. Nomeadamente ao Dr. Bonham’s Case de 1610, onde Sir Edward Coke afirmou que «*when an act of parliament is against common right and reason or repugnant, or impossible to be performed, the common law will control it, and adjudge such act to be void*».

Já em solo americano o Writs of Assistance Case em Boston, James Otis, adaptou os argumentos usados por Sir Edward Coke a uma situação de mandados de busca, afirmou que os mandados de detenção não tinham poder ao abrigo da lei por não definirem o escopo e objeto da busca.

O grande enquadramento teórico do “*judicial review*” acontece com o paper nº 78 do Federalista, onde Alexander Hamilton cria as balizas, a fundamentação teórica e o suporte do “*judicial*

³⁷⁵ - Vide Viriato Soromenho-Marques, *O Regresso da América, Que Futuro Depois do Império?* Ob. Cit. pág 73.

³⁷⁶ - Vide Jorge Bacelar Gouveia, *Manual de Direito Constitucional*, ob. Cit. pág 291. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, ob. Cit. pág 147.

³⁷⁷ - John Brigham, *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, Ob. Cit. pág 536 e ss. Sobre o início da “*Judicial Review*” Herbert A. Johnson *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, ob. Cit pág 605 e ss. Baseamo-nos neles para os desenvolvimentos históricos, as citações seguintes seguem os artigos de estes dois autores.

review”: «A interpretação das leis é o terreno próprio e particular dos tribunais. Uma Constituição é, de facto, e assim deve ser olhada pelos juízes, uma lei fundamental. Portanto, pertence-lhes averiguar o seu significado, bem como o significado de qualquer lei particular procedente do corpo legislativo [Assim cabem aos tribunais o dever de] (...) declarar nulos todos os actos contrários ao teor manifesto da Constituição». ³⁷⁸ Perante conflitos de leis com a constituição o poder judicial resolverá a favor da constituição.

Com estes antecedentes os tribunais sempre procuraram aplicar as ideias da “judicial review” em casos concretos. Enfrentaram sempre a oposição do poder legislativo que se recusava a ser controlado pelos juízes.

Quando confrontado pelo poder judicial o poder legislativo recorria muitas vezes às remoções dos juizes mais incómodos. Uma decisão judicial viria a alterar todo o sistema judicial norte-americano.

O “Chief Justice” John Marshall novamente e numa das decisões mais memoráveis da jurisprudência norte americana consagrou o “judicial review”.

O caso *Marbury vs. Madison* ³⁷⁹ estava envolto numa guerra política entre federalistas (John Adams) e republicanos (Thomas Jefferson) devido a uma alteração do partido que detinha o poder. No final do primeiro mandato de John Adams, o presidente e o congresso (federalista) atribuíram cargos a membros nomeados do seu partido para o cargo de “justice of peace”, nomeadamente a William Marbury. Contudo a comissão selada e assinada nunca lhe foi entregue antes da tomada de posse de Thomas Jefferson, o novo Presidente. O novo secretário de estado, James Madison, recebeu ordens de Thomas Jefferson para não entregar as comissões. ³⁸⁰

³⁷⁸ - Alexander Hamilton, *O Federalista* nº 78 Ob. Cit. pág 477 e 478. Sublinhado e Parêntesis nosso. Cfr William M. Wiecek *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, ob. Cit. Pág 434. Para outros James Madison também desempenhou o seu papel fundamental, vide ainda pág 403 de Bernard Schwartz, *The Bill of Rights: A Documentary History*, Volume I, Chelsea House Publishers. 1971.

³⁷⁹ - *MARBURY VS. MADISON*, 5 U.S. 137 (1803). Relator “Chief Justice” John Marshall. Decisão de 5 a 0. Vide *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States* ob. Cit. Págs 16, 17, 47, 57, 220, 309, 311, 377, 378, 434, 435, 502, 517, 529, 536 a 542, 546, 601 a 609, 746, 754, 889, 988. Ver William J. Keefe E Morris S. Ogul, *The American Legislative Process, Congress and the States*, Ob. Cit. págs 424. Cfr Pedro de Vasconcelos, *A Separação dos Poderes na Constituição Americana, do Veto Legislativo ao Executivo Unitário*, Ob. Cit. pág 14. Vide Departamento de Estado dos Estados Unidos da América, *Perfil do Sistema Judiciário dos EUA*, Ob. Cit pág 9, 25, 26, 70, 210. Ver Roy M. Mersky E Cindy L. Tate Gary Hartman, *Landmark Supreme Court Cases, The Most Influential Decisions of The Supreme Court of the United States*, Ob. Cit. pág 467 e 468. Vide ainda Jorge Bacelar Gouveia, *Manual de Direito Constitucional*, ob.cit. pág 304. Vide por último «Judicial Review, O Sonho Americano», *Revista Sub Judge, Justiça e Sociedade*, ob. Cit. pág 69 a 72. Link do caso em <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=5&page=137>.

³⁸⁰ - É importante salientar a grande confusão e conflito de interesses existente na altura. Tratou-se de um desígnio dos federalistas de se apossarem do judicial antes da chegada de Jefferson. O próprio “Chief Justice” Marshall tinha sido o anterior secretário de estado na altura das nomeações, foi nomeado para “Chief Justice” no final do mandato do Presidente Adams. Foi até ele, que aparentemente não conseguiu entregar as comissões a tempo. Vide entre outros «Judicial Review, O Sonho Americano», *Revista Sub Judge, Justiça e Sociedade*, ob. Cit. pág 187 e ss.

Sentido-se injustiçado, Marbury juntamente com três colegas recorrem ao “*Supreme Court*” solicitando que o mesmo emitisse um Writ of Mandamus, forçando James Madison a entregar a comissão. Esta decisão era uma faca de dois gumes. Caso concedesse o mandado o mais provável seria James Madison recusar a cumpri-lo. Se não o atribuisse Thomas Jefferson venceria e o poder judicial sairia fatalmente fragilizado. Marshall optou por uma terceira opção.

Na sua decisão Marshall começa por colocar a questão sobre se o aplicante tem direito à comissão que exige. Após abordar as formalidades e competências inerentes a uma atribuição de uma comissão, ao abrigo do artº II secção 2, cláusula 3 da Constituição, verifica-se, que a atribuição dessa comissão é livre e efetuada pelo Presidente (Adams) e confirmada pelo Senado (naquela altura federalista). Chega então à conclusão que Marbury tem direito à comissão como sua propriedade e que a não entrega dessa comissão seria uma violação do seu direito legal.³⁸¹

A segunda questão colocada por Marshall no acórdão aponta na direção de uma solução para a violação do direito de Marbury. Nesta segunda questão Marshall recorre a autores históricos britânicos como Blackstone e Lord Mansfield. A seguir aborda a lei judiciária de 1789, aprovada pelo Congresso, que atribuía ao “*Supreme Court*”, em jurisdição original, o Writ de Mandamus. Marshall verifica que, esta lei colide com os poderes que são conferidos aos tribunais pela constituição.

Cabe aos tribunais, perante um choque entre uma lei e a constituição federal ou entre duas leis, decidir o que é a lei, ou se a mesma é constitucional, essa sendo a essência da função do poder judicial.³⁸² É um poder implícito, através da constituição, atribuído ao judiciário, cuja autoridade, para determinar a inconstitucionalidade, pertence ao “*Supreme Court*”.

Na conclusão do acórdão Marshall estipula que todas as leis contrárias à constituição são vazias,³⁸³ e portanto a Writ of mandamus não pode ser atribuída em jurisdição original ao “*Supreme Court*” como o Congresso tinha feito, mas só em jurisdição de recurso. A lei judiciária de 1789 era,

³⁸¹ - 5 U.S. 137, 162 « *To withhold the commission, therefore, is an act deemed by the court not warranted by law, but violative of a vested legal right.*» Ainda 5 U.S. 137, 168 «*That, having this legal title to the office, he has a consequent right to the commission; a refusal to deliver which is a plain violation of that right.*»

³⁸² - Parte final de 5 U.S. 137, 177 e início de 5 U.S. 137, 178 « *It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases, must of necessity expound and interpret that rule. If two laws conflict with each other, the courts must decide on the operation of each. So if a law be in opposition to the constitution: if both the law and the constitution apply to a particular case, so that the court must either decide that case conformably to the law, disregarding the constitution; or conformably to the constitution, disregarding the law: the court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty.*» Sublinhados nossos.

³⁸³ - 5 U.S. 137, 180 «*Thus, the particular phraseology of the constitution of the United States confirms and strengthens the principle, supposed to be essential to all written constitutions, that a law repugnant to the constitution is void, and that courts, as well as other departments, are bound by that instrument.*» Vide a nota nº 54 na pág 545, que resume as razões e a consequência da primazia formal da constituição sobre os estados, de Jónatas E. M. Machado, *Direito da União Europeia*, 2ª Edição, Coimbra Editora. Outubro de 2014.

portanto, inconstitucional uma vez que o Congresso tinha excedido as suas competências atribuindo um poder ao “*Supreme Court*” para o qual não existia enquadramento constitucional.

Marbury não recebeu a sua comissão uma vez que o “*Supreme Court*” não tinha forma de fazer cumprir a sua decisão. Porém Marshall compreendeu que tinha de tomar uma decisão que não fosse necessário ser executada e com ela o poder judicial ganhou a “*judicial review*”³⁸⁴ e as bases da supremacia do federalismo judicial.

O acórdão *Marbury vs. Madison* teve repercussões enormes. Foi o primeiro caso em que se declarou um ato do Congresso inconstitucional e estipulou a superioridade e o domínio do “*Supreme Court*” em disputas constitucionais. Em casos posteriores o “*Supreme Court*” tratou de ampliar o alcance do seu novo poder.³⁸⁵

Tendo solidificado a sua posição o “*Supreme Court*”, entre 1789 e 1979, declarou em 115 casos inconstitucionalidades de atos do Congresso (vide anexo 5).

Para se ter outra ideia da dimensão do “*judicial review*”, até à guerra civil (1861) o “*Supreme Court*” já tinha declarado “*void*” a legislação estadual, em mais de sessenta casos. Nos tribunais federais, no período de 1890 a 1937, entre 400 a 900 atos das legislaturas estaduais tinham sido declarados inconstitucionais.

Tudo o que foi dito sobre o “*judicial review*” aplica-se essencialmente aos tribunais federais. Porém, também existe “*judicial review*” nos tribunais estaduais, que controlam a constitucionalidade das disposições estaduais. Contudo, a dimensão da aplicação do “*judicial review*” varia de estado para estado e consoante o período em causa.

Na Virgínia, por exemplo entre 1789 a 1861, só duas leis estaduais foram declaradas inconstitucionais. Como boa parte das constituições estaduais surge apenas após a guerra da secessão é a partir de finais do séc XIX que se nota um aumento da *judicial review* na jurisdição estadual. Mais um exemplo, num estudo conduzido por Holcombe, entre 1903 e 1908, 400 leis estaduais, foram declaradas inconstitucionais.³⁸⁶

Uma última indicação para referir que a “*judicial review*” nos estados tende a tocar mais em aspetos formais e de procedimento.

³⁸⁴ - Elisabeth Zoller «Judicial Review, O Sonho Americano», Revista Sub Judice, Justiça e Sociedade, ob. Cit pág 4.

³⁸⁵ - Em *Fletcher Vs Peck* de 1810, o “*Supreme Court*”, declara pela primeira vez uma lei estadual inconstitucional. No caso *Martin Vs. Hunter’s Lessee* de 1816, a decisão do “*Supreme Court*”, teve como consequência, aumentar o alcance do “*judicial review*”, abarcando também as decisões dos Supremos Tribunais Estaduais, no âmbito da fiscalização por constitucionalidade.

³⁸⁶ Todos os dados numéricos apresentados, sobre a “*judicial review*” federal e estadual resultam de William J. Keefe E Morris S. Ogul, *The American Legislative Process, Congress and the States*, ob. Cit. págs 425 a 428.

Concluimos afirmando que a “*Judicial review*” é uma pedra basilar do federalismo judicial norte-americano.

CAPÍTULO XIV - RESUMO DAS PRINCIPAIS IDEIAS DO FEDERALISMO JUDICIAL NORTE-AMERICANO

Em nosso entender o federalismo judicial americano possui características próprias, das quais é necessário salientar algumas ideias. Deixamos em seguida um resumo dos principais pontos deste sistema:

- Duplicidade de jurisdição federal e estadual. Federalismo Judicial Dualista;
- Liberdade para os estados federados de construírem a sua estrutura judicial. Existe portanto em cada um dos estados uma estrutura diferente e “*sui generis*”, ao mesmo tempo que há uma estrutura federal unificadora e comum;
- Possibilidade de o “*Supreme Court*” escolher, os casos que deseja decidir e não aqueles que lhe são impostos (revisão judicial discricionária);
- Desnecessidade de um tribunal constitucional, o “*Supreme Court*” é não só o último tribunal como também o último interprete da constituição e leis federais;
- Inexistência de tribunais administrativos. Os tribunais comuns asseguram o controlo da atuação do estado;
- O Poder judicial como poder supremo, árbitrário e de controlo da atuação de todos os outros poderes (executivo e legislativo). Funciona ainda como defensor da democracia e do estado de direito perante possíveis abusos;
- Unicidade de jurisdição. Retirando os tribunais militares da equação, existe apenas a jurisdição do direito comum, que por sua vez se divide em direito civil e penal, a partir dela, mais ramificações surgem;
- Os tribunais dirimem todo o tipo de conflitos que envolvem a sociedade e decidem. Tribunais com forte legitimidade social, constitucional e democrática;
- O “*Supreme Court*” e os tribunais federais (de distrito e de circuito) conhecem as controvérsias entre os estados federados, ou entre a federação e os estados federados;
- “*Supreme Court*” como a entidade da “*auctoritas*” americana;
- Supremacia da constituição e das leis federais sobre todas as outras leis a “*Supremacy Clause*”;
- Existência de instrumentos típicos do federalismo judicial americano, como a importância do precedente, a maior participação do juri e o direito construído pelo juiz;
- Meios de controlo do poder judicial, como o “*impeachment*”, as eleições e nomeações de juízes;

• “*Judicial Review*” como poder fundamental dos tribunais americanos. Como refere Jorge Bacelar Gouveia, é um poder judicial, difuso, concreto e incidental³⁸⁷.

- O sistema adversarial usado na jurisdição estadual e federal;
- Possibilidade dos cidadãos recorrerem a ambas as jurisdições (estadual e federal);
- O sistema implementado é de hierarquia entre os tribunais e o “Supreme Court”.

³⁸⁷ Jorge Bacelar Gouveia, *Manual de Direito Constitucional*, ob cit. pág 309. Vide ainda Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, ob. Cit. pág 157.

CAPÍTULO XV - FEDERALISMO AMERICANO UM EXEMPLO A SEGUIR

O federalismo americano é um autêntico modelo de exportação e de referência para a Europa e não estamos sozinhos na nossa opinião.³⁸⁸

O que o federalismo possibilitou criar tornou-se objeto de reverência e estudo em todo o mundo. Não é para menos, é um modelo naturalmente superior a tudo o que até hoje foi criado e experimentado. Muitas federações caíram ao longo da história mas a americana persiste há mais de duzentos anos, sem interrupção.

«*O sucesso fantástico do modelo americano (...) apela à imitação*».³⁸⁹ Este apelo é compreensível: para quê inventar utopias e mundos fictícios se temos uma referência de êxito?

Abordemos alguns exemplos de importação ou de imitação do modelo americano ou das suas características.

América Latina

A América Latina, mais do que qualquer outro continente, foi extremamente influenciado pelas ideias norte americanas do federalismo e da sua constituição federal. «*Temos dois grandes exemplos diante dos nossos olhos: A Revolução Americana e a Francesa. Imitemos discretamente a primeira; evitemos com extremo cuidado os fatais efeitos da segunda*».³⁹⁰ Como tal, copiaram muitas das suas ideias e estruturas. Desde o projeto bolivariano de uma Federação dos Andes, passando pelos Estados Unidos da Colômbia, federação que durou entre 1863 e 1886. Três países se destacam ainda na adoção de uma forma mais moderada ou próxima do federalismo americano, México, Brasil e Argentina. Vamos analisar alguns deles de forma sucinta em especial o México e o Brasil.

Os Estados Unidos da América Central

³⁸⁸ - Cfr Viriato Soromenho-Marques, *O Regresso da América, Que Futuro Depois do Império?*, Ob. Cit. pág 54 e 70 «*(...) a tradição constitucional americana foi um dos principais produtos de exportação do país.*»

Pelo contrário Paulo de Pitta e Cunha é da opinião de que o modelo americano **não é** transponível para a Europa Paulo de Pitta e Cunha, «Os Impulsos Federais na Construção Europeia», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Volume XLI- Nº 1, Coimbra Editora, 2000, pág 10. Da mesma opinião e recorrendo ao mesmo autor pág 57 de João Pedro Arsénio de Oliveira, *Quo Vadis, União?*, *Uma Perspectiva sobre o futuro da União Europeia*, Relatório de Mestrado em Ciências Jurídico- Comunitárias, Regência Prof. Doutor Adriano Moreira, Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, 2001/2002. Discordamos de forma veemente com os argumentos que são expostos por ambos os autores.

³⁸⁹ - Pág 49 de George Steiner, *A Ideia de Europa*, 1ª Edição, Gradiva. Setembro de 2005.

³⁹⁰ - Francisco de Miranda citado por John Lynch pág 354 de Direção de José Hermano Saraiva, *História Universal, Ásia, África e América Séculos XVI -XVIII*, Vol. VII, Lisboa, Publicações Alfa S.A.R.L. 1985. Sublinhado nosso.

Ou a Republica Federal Centro Americana. Foi uma federação, que se iniciou em 1823 e que reuniu os países da Costa Rica, Nicaragua, Honduras, El Salvador e Guatemala. Na sequência de uma guerra civil e de secessões dos vários países, viria a acabar em 1838 e a dar origem a cinco novas nações. É curioso verificar que possivelmente este seria o destino dos Estados Unidos da América caso a federação tivesse soçobrado, com as disputas da “nulification”, ou caso o Sul tivesse prevalecido em 1861.³⁹¹

A Constituição Federal dos Estados Unidos da América Central tem por modelo a Constituição Norte Americana e o federalismo americano. Isso é bem notório nos primeiros dez artigos, que compõem a federação, onde se estabelece uma república federal com estados federados, com poderes a nível interno para redigirem a própria constituição interna, de molde a «*former una perfecta federación*».³⁹²

Tal como nos EUA existia um Congresso (que incluía um Senado), um Presidente e Vice-Presidente, governadores locais e uma Suprema Corte.³⁹³ Os termos usados, as competências distribuídas pelos órgãos e toda a estrutura em si, são muito parecidos ao federalismo americano. Para nós mais relevante é o facto da posição que o Supremo tem nesta federação ser semelhante ao americano. O artº 136 e ss, estabelece esse Supremo como o tribunal último com poderes de jurisdição sobre os diversos estados, aplicando a justiça e velando pelas leis da federação, pela conformidade das leis dos estados e pela constitucionalidade dos tratados internacionais.

A nível estadual e seguindo uma vez mais o exemplo americano, existirá um Supremo estadual por cada estado. Ao lermos os artigos da constituição federal a primeira impressão que nos fica é que, apesar de moldada ao exemplo americano, aparenta haver limitações ao poder da Suprema Corte e ainda debilidades ao nível da primeira e segunda instâncias, que nos levam a supor que tal pode ter contribuído para a queda da federação. São apenas suposições, que não nos interessam desenvolver.

Estados Unidos Mexicanos

Mais conhecido por México. A «(...) *l'organisation du système fédéral du Mexique s'est inspirée de celui des Etats-Unis du Nord*»,³⁹⁴ e por se inspirar nele tornou-se o federalismo «*plus effectif de l'Amérique latine*».³⁹⁵

³⁹¹ - Existia o perigo real de caso os “antifederalistas” prevalecessem nos EUA, o país fosse remetido para uma situação internacional parecida à Europa, sobre este ponto Viriato Soromenho-Marques, *A Revolução Federal, Filosofia Política e Debate Constitucional na Fundação dos E.U.A* .ob. cit. pág 158.

³⁹² - Preâmbulo da Constituição Estados Unidos da América Central. Vide artº 1, 6, 8 ,9 e 177. Link da constituição <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1541/9.pdf>

³⁹³ - Idem, em especial Artº 55, 69, 89, 106, 132 e 181.

³⁹⁴ - Tadeusz Wyrwa, «Le Mexique», *Comment ils Sont Gouvernés*, TOME XVII, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1969, pág 321.

³⁹⁵ - Idem, pág 350.

O México teve três constituições, a de 1824, a de 1857 e a de 1917, esta última, a mais antiga da América Latina, ainda está em vigor. Todas as constituições foram de pendor federalista. A federação mexicana é composta por trinta e um estados e um distrito federal. No início e tal como irá acontecer com o Brasil, o estado mexicano era um estado unitário que decidiu seguir a via federalista, uma vez que as suas províncias não eram originalmente livres, como acontecia com os treze estados norte americanos. Dessa forma a criação dos estados mexicanos, que surge através das constituições, foi uma criação ficcionada, artificial.³⁹⁶ A entidade original que existia era uma província autónoma e não um estado.

Os artsº 40 e 115 da Constituição ³⁹⁷ estabelecem a forma Republicana, democrática e federal do Estado federado e Federal. No artigo seguinte, o nº 41, explana que cada estado terá a sua constituição e que as constituições estaduais serão juridicamente sujeitas à Constituição federal. Por regra, cada estado desenvolve a sua constituição, o seu poder executivo com um governador e o legislativo. O artº 50 e ss, ao abordar o poder legislativo federal adota um Congresso composto por uma Câmara dos Senadores e dos Deputados. Também no México o Presidente é encarregue do poder executivo (artº 80 e ss). Portanto ambos os poderes são eleitos pelo povo e cumprem um mandato, ao estilo americano.

O poder judicial mexicano é uma cópia do sistema judicial americano.³⁹⁸ À imagem dos EUA existe um Supremo Tribunal federal (artº 94). As nomeações dos Juízes seguem, também, a tradição americana e competem ao presidente (artº 96) e são confirmadas pelo Senado. De igual forma (artº 103 e ss), o Supremo e os tribunais federais de distrito e de circuito (têm inclusivamente a mesma nomenclatura e os tribunais de distrito a mesma jurisdição original que os tribunais federais americanos), conhecem as controvérsias entre os estados federados, ou entre a federação e os estados federados, assim como da constitucionalidade das leis. Até o instituto de amparo é inspirado na doutrina americana.³⁹⁹

Brasil

Para além de ter sido uma colónia portuguesa o Brasil no momento da sua independência tornou-se um império. Esta foi a sua primeira fase histórica, que se iniciou em 1822 e durou

³⁹⁶ - Idem, pág 335.

³⁹⁷ - Sobre a constituição dos Estados Unidos Mexicanos guiámo-nos pela pág 817 e ss de Felipe Tena Ramirez, *Leyes Fundamentales de Mexico*, 7ª Edição, Mexico, Editorial Porrúa S.A. 1976. Pelas pág 175 a 201 de Jorge Miranda, *Constituições de Diversos Países*, II Volume, 3ª Edição, Lisboa, Imprensa Nacional Casa da Moeda. 1987.

³⁹⁸ - Cfr. «desde nuestro código político de 1857, adoptaron en esencia el sistema de organización judicial inaugurado por la Constitución norteamericana (...)» Oscar Rabasa, *El Derecho AngloAmericano, Estudio Expositivo y Comparado del "Common Law"* ob. Cit pág 469, 470, 491. Vide ainda «C'est donc la même organisation des juridictions fédérales qu'aux Etats-Unis du Nord.» Tadeusz Wyrwa, «Le Mexique» Ob cit. Pág 322.

³⁹⁹ - Dessa opinião Oscar Rabasa, *El Derecho AngloAmericano, Estudio Expositivo y Comparado del "Common Law"* ob. Cit. pág 614 e 615.

aproximadamente até à Constituição de 1891. No entanto e ao contrário do que sucedeu no México, desde o início da sua vida constitucional optou pelo modelo federalista, o Brasil só na segunda fase da sua história, entre a Constituição de 1891 e a década 30 do século vinte, descobriu o federalismo americano, para nunca mais largar a sua influência. Durante este período decidiu de forma consciente abandonar as ideias europeias das Constituições Francesas, do parlamentarismo inglês, para abraçar o paradigma americano do federalismo, da República e do presidencialismo.⁴⁰⁰ A Constituição de 1891 em muitos aspetos é «*trasladada literalmente da Constituição americana (...)*»,⁴⁰¹ tanto que o Brasil se chegou a chamar Estados Unidos do Brasil.⁴⁰² A adoção do federalismo foi justificado pela vastidão do território, pela pluralidade das regiões e pela divisão política interna, que envolvia já alguns separatismos.

O terceiro período é marcado pela mudança para uma constituição de influência alemã (Weimar e Bona), se bem que o arquétipo continuava a ser a Constituição americana. Fase marcada por consecutivos golpes de estado, instabilidade, queda de governos e constituições.

A atual constituição federal data de 1988 sendo que o artigo 60 estabelece que nenhuma emenda poderá alterar a forma federal. O Federalismo brasileiro é um federalismo de quatro níveis, simétrico e cooperativo.⁴⁰³

Existe uma diferença básica do estado federal brasileiro em relação ao americano. No início, o Estado Brasileiro, tal como o México, era um estado unitário em que as antigas Províncias seriam supostamente “*perpétuas e indissolúveis*”.⁴⁰⁴

Transformou-se em federal por um processo de desagregação do topo para a base.

Isso tem alguns reflexos no federalismo brasileiro, como uma maior presença do estado federal na maioria dos assuntos políticos e o fortalecimento do centralismo, uma vez que a própria constituição

⁴⁰⁰ - Vide a exposição da pág 364 em Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, 26ª Edição, São Paulo, Malheiro Editores. 2010. Pela opção do Federalismo americano Alexandre de Moraes pág 63 de Autores Vários, *25 anos da Constituição Brasileira de 1988: Democracia e Direitos Fundamentais no Estado Democrático de Direito*, D'Plácido Editora. 2014. Vide ainda pelas razões da adopção do federalismo americano Hugo De Brito Machado Segundo, *Contribuições e Federalismo*, ob. Cit pág 61 e 62.

⁴⁰¹ - Em Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, ob. Cit. pág 365, tanto que o seu maior impulsionador o Jurista Rui Barbosa era um confesso admirador da experiência americana. Ainda a nota 4 da pág 166 Rui Barbosa citado por Celso Ribeiro Bastos, *Curso de Direito Constitucional*, 22ª Edição, São Paulo, Malheiros Editores, Ltda. 2010 «*nossa lâmpada de segurança será o direito americano(...) A Constituição Brasileira é filha dele (...)*»

⁴⁰² - Pág 66 de Sérgio Ferrari, *Constituição Estadual e Federal*, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris. 2003. Ainda Martônio Barreto Lima pág 69 de Organizador José Ribas Vieira, *20 Anos da Constituição Cidadã de 1988, Efetivação ou Impasse Institucional ?*, Rio de Janeiro, Editora Forense. 2008.

⁴⁰³ - Quatro níveis (estado federal, estado federado, distrito federal e municípios); Cooperativo porque as entidades federal e federadas são coordenadas entre si. Simetria porque há uma igualdade jurídica/hierárquica entre os estados federados. Sobre este e outros tipos de federalismo ler José Alfredo Júnior pág 115 e 116 em Dicêo Torrecillas Ramos, *O Federalista Atual, Teoria do Federalismo*, Belo Horizonte, Arraes Editores. 2013.

⁴⁰⁴ - Cremos que por isso é que o Professor Marcelo Caetano apelidou o Brasil de “*federação imperfeita ou fictícia*”. Marcelo Caetano, *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, ob. Cit. pág 137.

brasileira é mais enunciativa e descritiva das competências que cabem aos estados federados e ao federal.⁴⁰⁵

O Brasil conta com um distrito federal e vinte e seis estados, para além de milhares de municípios (artº 18 da Constituição Brasileira).⁴⁰⁶ A mesma assegura a existência de um estado federal, republicano e democrático, assente na separação tripartida de poderes (artsº 1 e 3).

O poder legislativo federal é actualmente composto por um congresso, subdividido em Câmara dos Deputados e Senado Federal (artsº 44 e ss). O poder executivo da federação fica a cargo do presidente da República (artº 76). Os estados federados serão governados pelas próprias constituições (artº 25) e possuem os próprios órgãos legislativos e executivos, como o Governador do Estado (artº 28).

No Brasil, como acontece nos EUA, também existe um Supremo Tribunal Federal, encarregue de assegurar a constitucionalidade das leis (artº 102 da Constituição).⁴⁰⁷

Há no entanto algo de muito diferente no federalismo judicial brasileiro. Os tribunais federais e federados têm competências comuns, especializadas, militares, eleitorais, de trabalho (artsº 106 a 124). Foram criados tribunais superiores de trabalho, eleitorais e militar. Existe ainda outra especificidade própria, a criação de um outro Supremo Tribunal de Justiça (artsº 104 e 105), que aplica a Justiça Comum Brasileira e assegura o controlo do direito federal, para além de um Conselho Nacional de Justiça.⁴⁰⁸ Tudo isto, não existe e é estranho à experiência americana.

Outros Países

Libéria

Após a colonização de uma parcela de terra em África, por negros livres ou recentemente libertos da escravatura pela Sociedade Americana de Colonização, nasce em 1847 a primeira nação africana livre.⁴⁰⁹ Seria de estranhar que uma nação como a Libéria, tão intimamente ligada aos Estados

⁴⁰⁵ - Sobre o centralismo e um estado federal mais presente ver Autores Vários, *25 anos da Constituição Brasileira de 1988* Ob. Cit. pág 73 a 77. Ainda Celso Ribeiro Bastos, *Curso de Direito Constitucional*, Ob. Cit. pág 429. Sobre as competências mais detalhadas e alargadas ver pág 38 de Celso Bastos, *A Federação e a Constituinte*, São Paulo, Brazil, Renzo Mazzone. 1986.

⁴⁰⁶ - Sobre a Constituição Brasileira vide pág 123 à 211 de Jorge Miranda, *Constituições de Diversos Países*, I Volume, 3ª Edição, Lisboa, Imprensa Nacional Casa da Moeda. 1986. Vide pág 76 à 98 da *Constituição da República Federativa do Brasil*, 40ª Edição, Editora Saraiva 2007. Link da Constituição Federal Brasileira http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm

⁴⁰⁷ - Este ponto remonta à influência americana na Constituição federal de 1891. Vide pág 1009 e 1010 de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de Direito Constitucional*, 7ª Edição, Editora Saraiva. 2012.

⁴⁰⁸ - Remeto estas matérias das múltiplas competências e dos diversos tribunais, **que não nos interessam desenvolver para** Celso Ribeiro Bastos, *Curso de Direito Constitucional*, Ob. Cit. pág 535 a 537. Remeto também para pág 9 a 25 de para Ricardo Árnaldo Malheiros Fiuza, *O Poder Judiciário no Brasil*, 2ª Edição, Del Rey Editora. 2013.

⁴⁰⁹ - Sobre a Libéria vide pág 236 e 237 de Direção de José Hermano Saraiva, *História Universal, Ásia, África, e América Latina Séculos XIX e XX*, Volume X, Lisboa, Publicações Alfa S.A.R.L. 1985.

Unidos, não recebesse dele toda a sua inspiração. Apesar de não ter adotado o modelo federalista em virtude do seu reduzido tamanho a Libéria seguiu, em tudo o resto, os norte americanos.

Tanto a constituição de 1847 como a de 1980 adotaram sem problemas as características chave do sistema norte-americano. Desde a bandeira ao presidencialismo, passando pelo bicameralismo, pelos checks and balances e pelo modelo republicano. Até o nome da capital, Monróvia, surgiu em homenagem ao Presidente James Monroe. Quanto ao poder judicial, impuseram um Supremo com o poder de fiscalizar a constitucionalidade das leis, o famoso “*judicial review*”.⁴¹⁰

Coreia do Sul

A história da Coreia é a história de uma nação peninsular constantemente dominada, atacada e esmagada por dois gigantes políticos e militares, o Japão e a China.⁴¹¹

Até meados do século XIX a península coreana existiu sempre ou como um estado independente ou como um vassalo tributário ou como uma província da China. No final do século XIX, com a expansão japonesa, a Coreia cai no seu círculo de influência e é anexada para só sair dessa posição com o fim da segunda guerra mundial.

A influência do federalismo americano é visível na Constituição Sul Coreana⁴¹² em algumas áreas restritas; em especial, a terminologia técnica, a adoção do presidencialismo e o poder judicial. Existe um Supreme Court (artº 101 e ss da Constituição). A única nuance estranha à experiência norte americana é a existência de um tribunal constitucional artº 111 e ss.

Adaptar

Pretendemos que a Europa observe o que se fez nos EUA. Com esta exposição não estamos a fazer uma apologia que leve a copiar tudo aquilo que foi feito pelos Norte Americanos. «*Não se trata então de imitar os americanos*»⁴¹³, mas sim de adaptar e incorporar soluções e princípios chave daquilo

⁴¹⁰ - Da constituição da Libéria vide os seguintes links <http://confinder.richmond.edu/admin/docs/liberia.pdf> e ainda http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=207595. Sobre o poder judicial na libéria vide o artº 2, 65 e ss da constituição. Checks and balances artº 3. Modelo republicano artº 4 e ss. Senado e Camara dos representantes artº 29 e ss. Sobre o Presidente e Vice-Presidente artº 50 e ss.

⁴¹¹ - Da história da Coreia do Sul, vide Direção de José Hermano Saraiva, *História Universal, Ásia, África e América Séculos XVI -XVIII*, Ob. Cit. pág 58 a 61. O livro Direção de José Hermano Saraiva, *História Universal, Ásia, África, e América Latina Séculos XIX e XX*, Ob. Cit. pág 30 a 35. Ainda o livro Henrique Altemani de Oliveira e Gilmar Masiero, «La Experiencia Alemana y la Reunificación Coreana; Una Visión Preliminar desde la Historia de Las Relaciones Internacionales y el Derecho Internacional Público», *Coreia do Sul, Visões Latino Americanas*, Juruá Editora, Coleção Relações Internacionais, 2010, pág 231 a 235.

⁴¹² - Constituição no link [https://www.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/162d151af444ded44125673e00508141/aba339f342ad7493c1256bc8004c2772/\\$file/constitution%20-%20korea%20-%20en.pdf](https://www.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/162d151af444ded44125673e00508141/aba339f342ad7493c1256bc8004c2772/$file/constitution%20-%20korea%20-%20en.pdf) e ainda em http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=214459

⁴¹³ - Pág 156 de Mario Monti Sylvie Goulard *A Democracia na Europa, Uma Perspetiva de Futuro*, 1ª Edição, Lisboa, Editorial Presença. Março de 2013.

que de melhor existe no federalismo americano, enquadrando-o no melhor espírito democrático Europeu, esta é a solução que a Europa tem.

Só que existem na Europa imensos preconceitos, anticorpos e ódios à ideia da América. A ideia federal na Europa está constantemente no “*banco dos réus*”⁴¹⁴ e em “*cheque*”. Prevalecem as visões antifederalistas, por mais erradas que sejam.

Para combater as aversões europeias e para melhor aproveitar aquilo que de benéfico os americanos têm para nos oferecer recorremos a um «*método conservador*»⁴¹⁵ na adaptação do federalismo judicial americano.

O projeto federal europeu não é uma utopia nem é irrealista aspirar a ele. Para alterar o que está mal não é necessário apagar ou esquecer tudo o que já foi construído, nem é preciso começar de novo arrasando tudo, com o objetivo de atingir o fim imediatamente almejado. É a isto que ambiciona uma utopia. O desejo de tudo mudar, através da revolução.

Precisamos apenas de corrigir, reparar ou modificar o que já existe. Mas mais que isso, não devemos criar na nossa mente uma imagem fixa e abstrata daquilo que desejamos e batalhar para a aplicar, mas sim partir de um problema concreto e específico para a concretizar.

Sabemos então como reformar mas não o que reformar. Devemos ter consideração pelos costumes e tradições dos países envolvidos e compreender que há situações e instituições em que não são necessárias reformas. Portanto, o que queremos transmitir é a ideia de que o federalismo judicial será construído e fortalecido ao longo do tempo, por uma melhoria gradual e constante, alterando a ordem da frase de João Pereira Coutinho,⁴¹⁶ precisamos de conservar, melhorar e transmitir o federalismo judicial.

Mais à frente, demonstraremos em que moldes o federalismo judicial europeu poderá ser adaptado, para incluir alguns aspetos norte americanos preciosos.

⁴¹⁴ - Sobre os ódios, pág 173 de Eduardo Lourenço, *A Europa Desencantada*, 3ª Edição, Gradiva. Dezembro de 2011. Sobre o “*banco dos réus*” Mario Monti, Sylvie Goulard, *A Democracia na Europa, Uma Perspetiva de Futuro*, Ob. Cit. pág 126.

⁴¹⁵ - **Aqui fomos fortemente influenciados pelas ideias de João Pereira Coutinho na sua defesa do Conservadorismo. Recorremos à sua exposição para nos apoiarmos no método a usar.** Vide págs 96, 110, 114, 117, 151 e 152 de João Pereira Coutinho, *Conservadorismo*, 1ª Edição, Publicações Dom Quixote. Maio de 2014.

⁴¹⁶ - Idem pág 110 «*Conservação, transmissão, melhoria(...).*»

CAPÍTULO XVI - EUROPA E A IDEIA FEDERAL DO SÉC XX

Após expor no início da tese as ideias filosóficas que estão na origem do federalismo, vamos fazer uma curta passagem pela evolução da ideia federal no séc XX europeu e pelos seus defensores europeus.

As ideias federalistas do séc. XX europeu costumam ter sempre por base o exemplo americano e isso deve-se ao sucesso do mesmo.⁴¹⁷

Mesmo antes de chegar o séc. XX, em 1877, o jurista inglês Lorimer, no “*Plano de Lorimer*”, pretendia criar uma Assembleia Internacional Europeia um Secretariado e um tribunal de justiça. Foi precisamente criticado por almejar um estado federal e se inspirar no exemplo Americano.⁴¹⁸

Em 1923 o aristocrata austro-húngaro, Richard Coudenhove-Kalergi, no seu livro *Pan Europa*, propôs uma construção federal da Europa, a “*Pan Europa*”, baseando-se de forma rudimentar no exemplo norte-americano e na sua constituição.⁴¹⁹

Édouard Herriot foi mais um federalista que ansiava uma Europa agregada numa União Europeia. Desejava ardentemente «*ver um dia surgirem os Estados Unidos da Europa*». No seu livro *Europa*, de 1926, advogava a integração económica da Europa numa União Económica e Aduaneira.⁴²⁰

Ainda antes da Segunda Guerra Mundial Aristide Briand, Ministro dos Negócios estrangeiros francês, inspirado por Kalergi, defende a ideia de uma federação Europeia, ideia que iria apresentar em Setembro de 1929 à Sociedade das Nações. Ao longo da sua vida tentaria, embora sem sucesso, colocar em prática o «*le lien fédéral entre États européens (...) La réalisation d’une organisation*

⁴¹⁷ - Os federalistas têm sempre por base o modelo americano ou alemão. O alemão é irrelevante para a nossa tese. Vide pág 495 de Adriano Moreira, *Teoria das Relações Internacionais*, 8ª Edição, Edições Almedina. 2014.

⁴¹⁸ - Cfr. Pág 494 de Roland Marx François Dreyfus, Raymond Poidevin, *História Geral da Europa*, III Volume, Publicações Europa- América, LDA. 1980.

⁴¹⁹ - Kalergi receia, literalmente, uma invasão soviética da Europa e para evitar isso propõe « *Against this danger[da invasão soviética] there is only one salvation: the European union(...) First, grouping of European countries according to the Pan-American pattern.(...) the Pan-European movement should realize: the United States of Europe!* » Texto integral em inglês no seguinte link <https://eufundedproeutroll.wordpress.com/2014/06/08/eu-federalization-the-pan-european-manifesto-paneuropa/> . Sublinhados e parêntesis nossos. Sobre o mesmo assunto vide ainda pág 199 Viriato Soromenho-Marques, *Portugal na Queda da Europa*, 1ª Edição, Lisboa, Circulo de Leitores. Maio de 2014. Vide Pág 44 e 45 de Aurélio Crespo, *O Federalismo, Um Modelo para a Europa?* , Lisboa, Edições Cosmos. 1998. Ver Pág 114 de Arnaldo M. A. Gonçalves, *A Europa à Procura do Futuro, Da Convenção de Filadélfia ao Tratado de Lisboa*, Livros Horizonte. Novembro de 2007. Cfr Pág 35 à 38 de Paulo de Pitta e Cunha, *O Movimento Político Europeu e as Instituições Supranacionais*, Sep. de Boletim do Ministério da Justiça nº 125. 1963. Vide Pág 40 e 41 de José Medeiros Ferreira, *Não Há Mapa Cor-de-Rosa, A História (Mal)dita da Integração Europeia*, Lisboa, Edições 70, Lda. Janeiro de 2014. O próprio Kalergi apresenta a sua proposta à Sociedade das Nações, vide este último autor na nota 30 da pág 56.

No Congresso que aprovou o Manifesto Pan- Europeu, propôs-se uma aliança militar, uma moeda comum, união aduaneira, ver pág 19 de Dusan Sidjanski, *O Futuro Federalista da Europa, A Comunidade Europeia das Origens ao Tratado de Maastricht*, 1ª Edição, Lisboa, Gradiva- Publicações, Lda. Janeiro de 1996.

⁴²⁰ - Cfr. Pág 92 de Andreia Mendes Soares, *União Europeia: que Modelo Político?* , Lisboa, Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas , Universidade Técnica de Lisboa. 2005.

fédérative de l'Europe», ⁴²¹ através da criação de agências regionais dentro da própria Sociedade das Nações. Os campos de cooperação entre as nações europeias seriam, por exemplo, as finanças, as comunicações, o trânsito ou a cooperação intelectual. A grande depressão de 1929 e o despoletar da 2ª Guerra Mundial cessaram temporariamente os avanços de projectos federalistas.

O extermínio provocado pela Segunda Guerra Mundial e o avanço soviético foram os dois principais factores que alertaram as elites europeias para a necessidade de uma união entre os países da Europa. Após a guerra surgiu o movimento Europeu presidido pelo notável Winston Churchill, composto por outras personalidades como Bertrand Russel ou Karl Jaspers. Este movimento tinha como motivação fundamental o aproximar das nações europeias aos Estados Unidos. Havia ainda uma segunda motivação, a ideia de unir as nações europeias num federalismo como forma de evitar as guerras futuras. Dentro dessa Europa unida a presença da França e da Alemanha seriam indispensáveis para selar o processo de apaziguamento e reconciliação europeu. ⁴²²

Em Setembro de 1946, na cidade de Zurique, Churchill faz um discurso que ficará para a história, onde defendeu a criação dos “*Estados Unidos da Europa*”. ⁴²³

Juntamente, Schuman e Jean Monnet, ficaram conhecidos como os “*pais fundadores*” ⁴²⁴, da futura Comunidade Europeia e ambos federalistas. A experiência obtida por Jean Monnet em cargos de organizações internacionais durante a Primeira Guerra Mundial, nomeadamente os Comitês-Inter aliados para o Esforço de Guerra (transporte de alimentação, armamento e tropas para os aliados ⁴²⁵), revelou-se fundamental para a criação futura da Comunidade. Enriquecido com essa experiência pessoal Jean Monnet estava ainda imbuído com a convicção de que a construção europeia se faria por meio de uma organização internacional que prosseguisse o interesse comum. Não estava enganado.

⁴²¹ - «*Memorando sobre a organização de um regime de uma União Federal Europeia*» Memorando no link <http://www.wdl.org/pt/item/11583/>. Sobre este assunto pág 9 de Vasco Graça Moura, *A Identidade Cultural Europeia*, Lisboa, Fundação Francisco Manuel dos Santos. Novembro de 2013. Vide Aurélio Crespo, *O Federalismo*, Ob. Cit. pág 45 e ss. Ver Pág 19 de Tony Judt, *Uma Grande Ilusão? Um ensaio sobre a Europa*, Lisboa, Edições 70, Lda. Junho de 2012. Cfr Viriato Soromenho-Marques, *Portugal na Queda da Europa* ob. Cit Pág 199. Vide José Medeiros Ferreira, *Não Há Mapa Cor-de-Rosa, A História (Mal)dita da Integração Europeia*, Ob. Cit. pág 55 e 56. Vide ainda Paulo De Pitta E Cunha, «*Os Impulsos Federais na Construção Europeia*», ob. Cit. pág 7. Vide por último Paulo De Pitta E Cunha, *O Movimento Político Europeu e as Instituições Supranacionais* Ob. Cit. Pág 38 à 44.

⁴²² - Mario Monti, Sylvie Goulard, *A Democracia na Europa, Uma Perspetiva de Futuro* ob. Cit. pág 64 e ainda Vasco Graça Moura, *A Identidade Cultural Europeia* Ob. Cit. pág 10 e 47. Por último José Medeiros Ferreira, *Não Há Mapa Cor-de-Rosa, A História (Mal)dita da Integração Europeia*, ob. Cit. pág 10.

⁴²³ - «*É imperioso construir uma espécie de Estados Unidos da Europa.*» Discurso de Winston Churchill na Universidade de Zurique, a 9 de Setembro de 1946. Texto integral em português no link <https://respublicaeuropeia.wordpress.com/2003/11/23/discurso-de-zurique-winston-churchill/>. Vide Arnaldo M. A. Gonçalves, *A Europa à Procura do Futuro, Da Convenção de Filadélfia ao Tratado de Lisboa*, Ob. Cit. pág 117.

⁴²⁴ - **Não deixa de ser curioso e relevante o facto de a própria União Europeia querer emular o exemplo americano, através da adopção da imagem dos “*founding father*”.** E para ela própria os pais fundadores foram: Konrad Adenauer, Joseph Bech, Johan Willem Beyen, Winston Churchill, Alcide de Gasperi, Walter Hallstein, Sicco Mansholt, Jean Monnet, Robert Schuman, Paul- Henri Spaak e Altiero Spinelli em Comissão Europeia, «*Compreender as Políticas da União Europeia: os Pais Fundadores da União Europeia*», Bruxelas, Bélgica, Serviço das Publicações da União Europeia, 2013,.

⁴²⁵ - José Medeiros Ferreira, *Não Há Mapa Cor-de-Rosa, A História (Mal)dita da Integração Europeia*, Ob. Cit. pág 17, 18 e 20.

Poucos anos depois Schuman emite a declaração que estará na origem da CECA (Comunidade Europeia do Carvão e do Aço), que era vista como o primeiro passo «*da federação europeia*». ⁴²⁶ Criou-se uma autoridade internacional que regularia a produção de aço e carvão entre os seis estados fundadores. ⁴²⁷ Desta forma inicia-se aquilo que apelida de federalismo sectorial, ⁴²⁸ através de uma integração vertical. É relevante fazer notar que o carvão era uma matéria-prima fundamental, que acautelava 80% do consumo energético das nações envolvidas.

Este é o início da Comunidade Europeia, como uma organização de direito internacional público, que se constroi com pequenos avanços e não de uma vez só. ⁴²⁹ Uma europa a várias velocidades.

O tratado de Roma de 1957, permite a criação da CEE (Comunidade Económica Europeia) e da CEEA (Comunidade Europeia de Energia Atómica).

Nem sempre os avanços de integração correram bem. O sucesso das comunidades estimulou a adoção da mesma tática, do federalismo sectorial, em áreas diversas como a defesa, através da Comunidade Europeia de Defesa (CED), ou a Comunidade (Política) Europeia, ⁴³⁰ que previa até um Supremo Tribunal de Justiça e um sistema bicameralista. Os resultados não foram os mesmos e o fracasso impõe-se.

A década de 70 e 80 é marcada por um novo paradigma, a adesão de novos países às comunidades existentes. Dinamarca, Reino Unido e Irlanda em 1973 e Grécia, Portugal e Espanha na década de 80. As novas adesões transmitiram aos estados membros fundadores e a toda a Europa a ideia de que se ia no caminho correcto e de que as comunidades eram de facto um sucesso.

⁴²⁶ - Declaração Schuman. Texto integral em português em http://europa.eu/about-eu/basic-information/symbols/europe-day/schuman-declaration/index_pt.htm

⁴²⁷ - Vide André Gonçalves Pereira, Curso de Direito Internacional Público, 2ª Edição, Edições Ática. s/d. pág 425 e ss. Ver Tony Judt, *Uma Grande Ilusão? Um ensaio sobre a Europa*, Ob. Cit. págs 15, 24, 28, 48. Vide ainda José Medeiros Ferreira, *Não Há Mapa Cor-de-Rosa, A História (Mal) dita da Integração Europeia*, Ob Cit pág . Pág 10, 11, 13.

⁴²⁸ - Também apelidado de federalismo funcional. Sobre este assunto pág 9 de Niele de Carvalho Silva Águas, *A Ideia Federal No Projecto do Tratado Que Estebelece Uma Constituição Para A Europa*, Relatório de Mestrado na Cadeira de Ciências Jurídico- Políticas, Regência Prof. Blanco De Moraes, Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, 2006. Cfr pág 15 de Cristiane Helena de Paula Lima, *Projectos Federais ao Longo da História da Integração da União Europeia*, Relatório de Mestrado em Direito na Área de Ciências Jurídico- Internacionais, Prof. Dr. Fausto De Quadros, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Setembro de 2008. Vide ainda pág 133 de Paulo de Pitta e Cunha, *A Integração Europeia no Dobrar do Século*, Almedina. Janeiro de 2003. Vide pág 148 de Eduardo Paz Ferreira, *Lições de Direito da Economia*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa. 2001.

O Federalismo sectorial inicia-se normalmente no sector económico, depois segue-se o social. O político é aquele que suscita maiores apreensões vide por último Adriano Moreira, *Teoria das Relações Internacionais*, ob. Cit. pág 496 e 500.

⁴²⁹ - «A Europa não se fará de um golpe, nem numa construção de conjunto: far-se-à por meio de realizações concretas que criem em primeiro lugar uma solidariedade de facto.» Declaração Schuman.

Já em 1929 o português Francisco António Corrêa referia que era necessário «para evitar sobressaltos, se vá caminhando por uma forma gradual(...)» pág 26 de Francisco António Corrêa, *Estados Unidos da Europa*, Conferência Realizada na Academia das Ciências de Lisboa. Dezembro de 1929.

⁴³⁰ - Sobre as propostas da Comunidade (Política) Europeia vide o projecto nas págs 46 e 47 de Miguel Gorjão-Henriques, *Direito da União*, 6ª Edição, Edições Almedina, SA. 2010.

Com Jacques Delors já no leme é aprovado em 1986 o Acto Único que concretiza a famosa ideia de livre circulação de pessoas, bens e serviços na Comunidade. A união das três comunidades estabelecida no Acto Único está agora na origem da União Europeia.

Um novo alargamento teve lugar em 1995, com a adesão da Áustria, Finlândia e Suécia.

A concretização da ideia da livre circulação de bens e serviços, a construção progressiva do mercado único europeu, conduzem a novos desafios e a um velho sonho, a União Económica Monetária que será realizada em 1 de janeiro de 2002 com a entrada em circulação do euro. Em 2004, dá-se o maior alargamento até à data da União Europeia, com a adesão de dez novos países, Eslovénia, Eslováquia, República Checa, Chipre, Estónia, Letónia, Malta, Polónia, Lituânia, Hungria.

Os grandes impulsionadores das ideias federais começam a surgir com uma menor força, escondidos e ofuscados pelos avanços da União. No entanto continuam a aparecer os seus defensores e em 2005, com a publicação do livro «*Os Estados Unidos da Europa*»⁴³¹ Guy Verhofstadt volta a defender abertamente a ideia e a criação dos Estados Unidos da Europa.

Bélgica e Roménia concretizam mais um aumento no número de estados membros em 2007. A Croácia é o último país a aderir à união Europeia, tornando-se no seu vigésimo oitavo membro. Estão previstas mais adesões para o futuro.

Encaminhando temporariamente a nossa atenção para Portugal, um acérrimo defensor do federalismo, Viriato Soromenho-Marques, faz constantemente nas suas obras uma apologia do federalismo à americana. Outro partidário do federalismo, mas de forma mais subtil e cautelosa Maria Luísa Duarte.⁴³²

É necessário desmistificar o argumento de que a construção da Europa e das Comunidades Europeias visava só e apenas uma maior solidariedade estadual ou o estimular dos interesses económicos dos estados. Efectivamente a construção europeia foi fortemente alicerçada numa integração económica fortíssima. Como demonstra Tony Judt,⁴³³ os egoísmos económicos dos países envolvidos na fundação das Comunidades europeias estimularam a criação de uma solução comum.

No entanto foi sempre a inspiração federal (americana) a base sólida dos avanços de integração. O federalismo é o «*mito fundador*»⁴³⁴ europeu. É esse mito que alimenta as novas tentativas de

⁴³¹ - Guy Verhofstadt, *Os Estados Unidos da Europa*, 1ª Edição, Gradiva. Setembro de 2006. Em especial pág 8, 10 e 50.

⁴³² - «*Não me repugna nada a ideia (...) de no futuro, a União Europeia evoluir para uma federação (...) Penso que provavelmente é mesmo um caminho que terá de ser percorrido (...)*» Maria Luisa Duarte, «Conferência Internacional: O Referendo Irlandês e o Tratado de Lisboa», *Revista de Estudos Europeus*, Ano III - Nº5, Almedina, 2009, pág 49.

⁴³³ - Tony Judt, *Uma Grande Ilusão? Um ensaio sobre a Europa*, Ob. Cit pág 23 e ss, 43 e 46.

⁴³⁴ - «*Este é o mito fundador da moderna Europa - que a Comunidade Europeia era e continua a ser o núcleo de uma perspectiva maior, pan-europeia.*» em Tony Judt, *Uma Grande Ilusão? Um ensaio sobre a Europa*, Ob. Cit pág 50.

integração, os avanços bem ou mal sucedidos. Existem, como se demonstrou, imensos partidários da experiência americana, sendo necessário continuar a seguir este caminho.

«Monnet “nunca duvidou que este processo nos conduzirá um dia a uns Estados Unidos da Europa”» em Mario Monti, Sylvie Goulard, *A Democracia na Europa, Uma Perspetiva de Futuro*, Ob. Cit. pág 107. Ver Guy Verhofstadt, *Os Estados Unidos da Europa*, Ob. Cit. pág 11 «(...)a unificação europeia constitui o grande ideal(...)». Por último como refere na sua tese Helena Lima, o objectivo da construção europeia era «construir os fundamentos de um federalismo funcional, inicialmente no domínio económico, mas devendo no futuro (...) orientar-se para uma unificação de facto e portanto obter o reconhecimento público da União Europeia.» em Cristiane Helena De Paula Lima, *Projectos Federais ao Longo da História da Integração da União Europeia*, Ob. Cit. pág 15 nota 17. Sublinhados nossos.

CAPÍTULO XVII - A EUROPA

Neste momento, a União Europeia é constituída por vinte e oito estados e por mais de 500 milhões de pessoas. Estes 500 milhões de europeus falam 24 línguas oficiais de três alfabetos diferentes. Nestes vinte e oito países existem monarquias e repúblicas, sistemas presidencialistas, semi-presidencialistas e parlamentares, estados novos e estados antigos. Na Europa os sistemas políticos são tão diversos quanto as nações que os compõem. Existem países católicos, protestantes, ortodoxos, anglicanos e as presentes minorias muçulmanas. Dentro de cada país existem ainda culturas, etnias e modos de vida díspares, influenciados por séculos de história e geografia próprias. A Europa, ao contrário dos EUA, que são um estado relativamente recente, é um continente repleto de bagagem histórica e cultural.

Ao contrário do que afirma George Steiner, a Europa não é o continente dos cafés.⁴³⁵ A Europa é o continente das guerras. Não é necessário enumerar as guerras que existiram ao longo dos séculos no nosso continente. Elas foram imensas e são do conhecimento comum. Em função das constantes disputas bélicas, os ódios religiosos, étnicos e nacionalistas, estão presentes em todos os países europeus.

Como se constrói a unidade, no seio de tanta divergência populacional, religiosa, linguística, histórica, bélica e cultural, no centro de tantos ressentimentos, nacionalismos e mágoas entre estados? Como se une, o que sempre esteve separado e em disputa?

“Federalistas Europeus VS Antifederalistas Europeus (ou Eurocépticos)”

A União Europeia não é uma federação mas sim um sistema híbrido/ confederação de estados que se uniram para atingirem um conjunto de interesses comuns, sem terem uma unidade política. No passado, no presente e no futuro, temos uma confederação europeia aprisionada pelos interesses nacionais de cada estado.⁴³⁶ Cada estado procura salvaguardar a sua soberania externa, tentando ao

⁴³⁵ - Para George Steiner os cafés são um dos cinco axiomas da Europa, para além das paisagens, ruas e praças, da descendência de Atenas e Jerusalém e da experiência das grandes Guerras. Assim George Steiner, *A Ideia de Europa*, ob. Cit. pág 26 e 44. Não partilhamos desta visão romantizada da Europa. A Europa e os seus estados ao longo da história, foram sendo formados pela guerra e pela força bélica do vencedor «(...)as fronteiras da Europa têm sido esculpidas num ritmo vertiginoso. Com golpes de sabre e baioneta. Com bombardeamentos de artilharia e aviação. Com marchas devastadoras de exércitos» em Viriato Soromenho-Marques, *Portugal na Queda da Europa* pág 21. A Europa é portanto o continente das guerras “civis” entre estados «Tivemos guerras em abundância. Contudo, guerras entre nós. Guerras, que do ponto de vista da nossa unidade cultural, foram conflitos entre irmãos.» em Viriato Soromenho-Marques, *O Regresso da América, Que Futuro Depois do Império?* Ob. cit. pág 108.

⁴³⁶ - Este foi, é e será sempre o estado natural das confederações. A desconfiança e o controlo mútuo numa confederação impõem-se «Os governos separados numa confederação podem ser convenientemente comparados com as baronias feudais;» em Alexander Hamilton, *O Federalista* nº 17 ob. Cit. pág 126. «Decorridos 61 anos, o clube europeu

mesmo tempo impulsionar os seus ganhos e diminuir as suas perdas, retrocedendo perante os problemas e evitando compromissos a longo prazo. Consoante o caso em concreto, cada país, por exemplo, persegue o aumento das suas quotas, ou das suas dotações financeiras enquanto procura evitar o resultado oposto. Os destinos das confederações do passado devem ser recordados.⁴³⁷

Estes problemas europeus não são novos, nem originais, já foram vivenciados e ultrapassados pelos norte-americanos. Existe na Europa um paralelismo semelhante à divisão experimentada pelos americanos, a fracturação entre Federalistas Europeus e Antifederalistas Europeus (ou Eurocépticos).

Os federalistas europeus desejam uma Europa federal, uns “*Estados Unidos da Europa*” consagrados em tratado Constitucional. Os Eurocépticos são tradicionalmente compostos dos campos políticos mais diversos. Alguns toleram a União Europeia e as suas vantagens, outros nem por isso. Todos eles veem com apreensão as transferências de poderes para Bruxelas, receiam a perda de soberania estadual e a realização de um super-estado europeu.⁴³⁸

Os europeus, submersos na sua vivência comunitária e problemas internos, esquecem-se com frequência que também os EUA foram uma confederação em ebulição, divididos por disputas.

Querelas económicas. Por exemplo existiam elevadas tarifas alfandegárias e de importação entre estados, nomeadamente o de Nova Iorque e o de Massachusetts. Era conhecida a animosidade entre o estado da Nova Jérnia e Nova Iorque. Era mais barato importar produtos da Grã- Bretanha do que comprar ao estado vizinho.⁴³⁹

Querelas políticas. Como os poderes da confederação eram limitados em matéria de política externa a confederação não foi capaz de proteger as suas fronteiras dos ingleses, espanhóis e dos nativos americanos. Os tratados assinados com outras nações eram difíceis de impôr.⁴⁴⁰

surge transformado num antro de rivalidades e de rasteiras.» em Vasco Graça Moura, *A Identidade Cultural Europeia* Ob. Cit. pág 14. Vide ainda Viriato Soromenho-Marques, *Portugal na Queda da Europa*, ob. Cit. pág 156. Vide por último os números 6, 15 e 16 do *O Federalista* ob. Cit.

⁴³⁷ - Vide em especial *O Federalista* nº 18, 19 e 20 ob. Cit. pág 127 a 142.

⁴³⁸ - Deste dualismo de posições vide, Paulo Pitta e Cunha, «O Processo de Integração e os Limites da Europa», *Revista de Estudos Europeus*, Ano I - Nº2, Almedina, Lulho - Dezembro de 2007, pág 260 e 261. Vide Marcelo Caetano, *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, ob. Cit. pág 138. Vide por último Viriato Soromenho-Marques, *A Revolução Federal, Filosofia Política e Debate Constitucional na Fundação dos E.U.A.* ob. cit. pág 178 e ss.

⁴³⁹ - Em Francis Freedom, *Sinopse da História dos Estados Unidos da América*, ob. Cit. pág 26. O muito pertinente quadro nº1 que resume as debilidades dos Artigos da Confederação, por Viriato Soromenho-Marques, *A Revolução Federal, Filosofia Política e Debate Constitucional na Fundação dos E.U.A.* ob.cit pág 40. Ainda Alexander Hamilton, *O Federalista* nº 7 ob. Cit. pág 63 e 64.

⁴⁴⁰ - Ana Maria Guerra Martins, *As Origens da Constituição Norte-Americana, Uma lição para a Europa* ob. Cit. pág 41. Novamente o quadro nº1 de Viriato Soromenho-Marques, *A Revolução Federal, Filosofia Política e Debate Constitucional na Fundação dos E.U.A.* ob.cit. da pág 40.

Querelas fiscais. A Confederação Americana não tinha possibilidade de regular o comércio e cobrar impostos, os estados entregavam contribuições à confederação. Contudo, como lhe faltava o poder coercivo os estados frequentemente entravam em incumprimento.⁴⁴¹

Querelas culturais. Os estados do Sul tinham escravos, os de norte opunham-se à escravatura.

Querelas territoriais. Nos EUA existiam, como na Europa, disputas territoriais (por exemplo entre o Connecticut e a Pensilvânia).⁴⁴²

Existia também o perigo real de alianças entre os estados americanos que pudessem conduzir os EUA a uma repetição dos conflitos que existiam na Europa. Divididas as nações americanas em alianças entre si, teriam de sobreviver solicitando o apoio das nações europeias. Situação essa que conduziria a um “*equilibrio de poder*” entre os estados americanos.⁴⁴³ As querelas americanas, exacerbadas com os Artigos da Confederação, colocaram em risco a União e só foram sanadas (com a exceção da escravatura) com a constituição e o estabelecimento do estado federal. Os federalistas conseguiram triunfar, antes que esses confrontos afastassem definitivamente os estados americanos.

Existe também uma semelhança incrível entre as atitudes das nações envolvidas. Na Europa há os países normalmente adeptos do federalismo como o Luxemburgo ou a Bélgica, os seus equivalentes americanos seriam o estado do New Jersey e da Geórgia. Os países mais cépticos do federalismo como a Dinamarca, a Suécia e os seus correspondentes americanos o New Hampshire e o Massachusetts. Até a Inglaterra, na sua típica atitude de indiferença europeia e antifederalista tinha um equivalente americano, o estado de Rhode Island.⁴⁴⁴

Tal como nos Estados Unidos também existem interesses, desafios e perigos em comum. Nos Estados Unidos como na Europa prevalecia a típica divisão entre estados do Norte (mais industrializados e desenvolvidos) e os do Sul (económicamente mais frágeis e mais agrícolas).⁴⁴⁵

⁴⁴¹ - Ana Maria Guerra Martins, *As Origens da Constituição Norte-Americana, Uma lição para a Europa* ob. Cit. pág 41. Quadro nº1 de Viriato Soromenho-Marques, *A Revolução Federal, Filosofia Política e Debate Constitucional na Fundação dos E.U.A.* ob.cit da pág 40. Ainda Alexander Hamilton, *O Federalista* nº 7 ob. Cit. pág 64 e 65.

⁴⁴² - Viriato Soromenho-Marques, *A Revolução Federal, Filosofia Política e Debate Constitucional na Fundação dos E.U.A.* ob. cit. pág 153. Ainda Alexander Hamilton, *O Federalista* nº 7 ob. Cit. pág 61 e 62 «*As circunstâncias da disputa entre o Connecticut e a Pensilvânia, a respeito das terras do Wyoming, alertam-nos para não sermos muito optimistas(...)*»

⁴⁴³ - Viriato Soromenho-Marques, *A Revolução Federal, Filosofia Política e Debate Constitucional na Fundação dos E.U.A.* ob. cit. pág 154 e 156 e 158.

Sobre este receio, vide em especial John Jay, *O Federalista*, ob. Cit. nº 4 pág 50 «*ou divididos em três ou quatro repúblicas ou confederações independentes e provavelmente discordantes, inclinando-se uma para a Grã-Bretanha, outra para a França(...)*». Vide ainda Alexander Hamilton, *O Federalista* nº 7 , 8 e 13 ob. Cit. pág 66, 71 e 99 respetivamente e John Jay, *O Federalista*, ob. Cit. nº 2,3, 4 e 5, págs 39,40,44, 47 a 54

⁴⁴⁴ - Guy Verhofstadt, *Os Estados Unidos da Europa* , Ob. Cit. pág 47. Ver ainda Viriato Soromenho-Marques, *Portugal na Queda da Europa*, ob. Cit.pág 197 e 198.

⁴⁴⁵ - Sobre essa divisão nos americanos Jorge Bacelar Gouveia, *Manual de Direito Constitucional*, ob. Cit. pág 287.

Outra semelhança interessante é a diferença entre Estados grandes, populosos e hegemónicos (França e Alemanha/Virgínia, Massachusetts, Pennsylvania) que se esforçam por manter essa posição e impor os seus pontos de vista e os estados pequenos (Eslovénia /Delaware) que receiam perder a sua voz.⁴⁴⁶

Nos EUA como na Europa existiam diferenças enormes entre os estados, sociedades diversas e complexas. A partir dessas diferenças os americanos conseguiram chegar ao “*Great Compromise*”, um pacto que estabeleceu quatro acordos, que satisfizes as exigências de ambos os movimentos, dos estados pequenos e grandes, agrícolas e industriais e que se traduziu numa constituição federal.⁴⁴⁷

As tentativas de afastar a experiência americana da europeia não funcionam. Existem mais aspetos que unem os Estados Unidos e a Europa do que aqueles que os separam.⁴⁴⁸ A União Europeia poderá aprender muito com a experiência americana e adoptar muitas das soluções americanas.

Porém, em cada crise, a União Europeia demonstra a sua fragilidade intrínseca. A crise da Bósnia, da Síria, do Estado Islâmico, da Grécia, do Euro, dos refugiados, dos migrantes, a guerra do Golfo, do Iraque, a guerra civil da Jugoslávia, todas têm em comum, a impotência da Confederação. Muitos mais exemplos poderiam ser dados, mas a essência do problema é a mesma. Esta situação é natural face à ausência de um federalismo, a falta de uma união política. A não existência de uma única voz para a resolução política destes problemas comuns. Ao contrário do que sucede na Europa, nos EUA as questões políticas já estavam assentes antes de qualquer avanço posterior. A crise da Europa é então a crise de «*um corpo sem cabeça*». ⁴⁴⁹ A União Europeia é o cavaleiro sem cabeça.

Voltando à questão anteriormente colocada, como se constrói a unidade no meio da diferença? A solução ideal é obviamente o federalismo que é uma «*combinação de sociedades*». ⁴⁵⁰ Com base num tratado fundador, que funcionaria a partir de então como uma constituição. Só desta forma existiria

⁴⁴⁶ - Paulo Pitta e Cunha, «O Processo de Integração e os Limites da Europa», ob. Cit. pág 254. Vide o mesmo autor na pág 516 em Paulo Pitta e Cunha, *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão, O Tratado Constitucional Europeu e a Posição de Portugal*, Volume I, Edições Almedina SA. Outubro de 2008. Vide ainda James Madison, *O Federalista* nº 37 e 38 ob. Cit. pág 235 e 240 respetivamente.

⁴⁴⁷ - Como se sabe, nos EUA a solução para os pequenos estados não perderem a sua influência na federação, passou pela manutenção do princípio um estado um voto, que se traduziu na constituição do Senado americano. O princípio da representação proporcional foi aplicado na Câmara dos Representantes ambos resultam do “Great Compromise” em Ana Maria Guerra Martins, *As Origens da Constituição Norte-Americana*, ob. Cit. pág 59. Vide Alexander Hamilton, *O Federalista* nº 60 ob. Cit. pág 374. Ver ainda James Madison, *O Federalista* nº 62 ob. Cit. pág 384. Sobre os quatro compromissos remeto para Nuno Rogeiro, Constituição dos EUA, Anotada e seguida de estudo sobre o sistema constitucional dos Estados Unidos, ob. Cit. pág 108 e 109.

⁴⁴⁸ - Da mesma opinião Ana Maria Guerra Martins, *As Origens da Constituição Norte-Americana*, ob. Cit. pág 120, 121, 124, 125 e 126.

⁴⁴⁹ - Viriato Soromenho-Marques, *Portugal na Queda da Europa*, Ob. Cit. pág 358.

⁴⁵⁰ - Palavras de Alexander Hamilton *O Federalista*, ob. Cit. Nº 83 pág 512. « O resultado destas observações para uma mente inteligente deve ser muito claramente o seguinte, que se for possível a qualquer custo construir um governo federal capaz de regular os interesses comuns e de preservar a tranquilidade geral, ele deve ser fundado (...) » em Alexander Hamilton, *O Federalista* nº 16 ob. Cit pág 119. Sublinhados nossos.

uma legitimidade democrática entre estados e entre povos. Mas poderemos ainda afirmar, que perante a dificuldade existente em aprovar uma Constituição Europeia Federalista, que os tratados europeus já existentes podem funcionar, ou já funcionam, como direito constitucional europeu conduncente ao federalismo.⁴⁵¹

Do Rebater de Algumas Críticas ao Federalismo

Da Diversidade

Os críticos do federalismo argumentam que a diversidade e a diferença é de tal forma grande entre estados europeus que se torna impossível a constituição de uma união federal. Esta objeção não poderá prevalecer. Na base desta conceção está aquilo que, Viriato Soromenho-Marques apelidou e descreveu de «*uma atitude negativa face à diversidade*».⁴⁵² O desejo de que haja uma homogeneidade de situações culturais, religiosas, étnicas ou linguísticas entre os estados europeus para que possa existir federalismo. Na ausência dessa homogeneidade nunca poderá existir federalismo. Esta é uma visão contrária aos ditames do federalismo. O federalismo vive, prospera na diferença, é o único regime que o faz e que consegue unir os estados. Trata-se de um projeto como, afirma Viriato Soromenho-Marques, que aspira a mais liberdade e paz.⁴⁵³ A única forma de o fazer é fortalecer os laços que unem essas nações, através do poder judicial.

Da Identidade

A questão da identidade costuma ser levantada. Alguns autores⁴⁵⁴ salientam que a Europa não é um povo, uma nação. Como se o facto de apenas um povo uniforme europeu pudesse viver em

⁴⁵¹ - Dessa opinião é Paulo Castro Rangel, «Em Defesa da Constituição Europeia (Ensaio de Política Constitucional)», *Revista do CEJ*, Nº 3, Editora Centro de Estudos Judiciários, 2º Semestre de 2005, pág 26 e 27 «já existe (ou pré-existe) uma constituição europeia e um direito constitucional europeu.»

⁴⁵² - Em Viriato Soromenho-Marques, *Portugal na Queda da Europa*, ob. Cit. pág 348. Ou então que o mesmo autor designou por «falácia “naturalista” da Homogeneidade». Um bom exemplo dessa falácia vê-se nas opiniões de Paulo de Pitta e Cunha, *A Integração Europeia no Dobrar do Século*, ob. Cit. pág 132 «Tem de haver um demos, tem de haver um povo que se aglutine em torno de interesses, preconceitos, ideais, sentimentos distinguindo-se dos restantes(...) E quanto mais ampla se tornar a União Europeia, menos existirá, porque a heterogeneidade não deixará de se acentuar.» Ou ainda em João Pedro Arsénio De Oliveira, *Quo Vadis, União?* Ob. Cit. pág 57 «Mas a História e a Geografia demonstram que também existem federações multinacionais, multiculturais e multilinguísticas. O problema é que estas não são tão estáveis quanto a federação homogénea.» Sublinhados nossos.

⁴⁵³ - Viriato Soromenho-Marques, *O Regresso da América, Que Futuro Depois do Império?*, ob. Cit. pág 70. O mesmo autor em Viriato Soromenho-Marques, *A Revolução Federal, Filosofia Política e Debate Constitucional na Fundação dos E.U.A.* ob. Cit. pág 152, 170 e 179.

⁴⁵⁴ - Os seguintes autores: Eduardo Lourenço, *A Europa Desencantada*, ob. Cit. pág 234. Habermas em Pág 66 de Jürgen Habermas, *Um Ensaio Sobre a Constituição da Europa*, Lisboa, Edições 70, Lda. Março de 2012. O autor José

federação e que a falta desse critério impedisse a criação da federação europeia. Ou que a partir desse facto perder-se-ia a nacionalidade estadual original e a pessoa seria identificada apenas como europeu. Numa federação a nacionalidade estadual tem como consequência a nacionalidade europeia. Um europeu teria de ter forçosamente uma das vinte e oito nacionalidades da União Europeia. As duas nacionalidades complementam-se, não se anulam.⁴⁵⁵ O federalismo não pretende nem deseja apenas um povo, neste regime haverá sempre uma dupla cidadania.

Da Utopia

Os defensores do federalismo como solução para a Europa costumam ser apresentados pejorativamente como defensores de uma ideia utópica, ou então de serem radicais.⁴⁵⁶ Nada mais errado. O federalismo é simplesmente a melhor e única forma de unir um conjunto tão distinto de estados. Em que os estados mais pequenos serão iguais aos maiores, os mais frágeis aos mais fortes. Não pode por demais ser salientado, que a federação será sempre a última coisa a surgir.⁴⁵⁷ Porque o federalismo é um projeto republicano, federal e democrático⁴⁵⁸ que envolve a construção consciente de uma unidade. Racionalmente, passo a passo, com trabalho, esforço e dedicação. Aparecerão obstáculos, existirão avanços e recuos, uma vez que o federalismo não é imutável. Não é um projeto que implica arrasar os alicerces do passado e aplicar cegamente um projeto futuro.

Medeiros Ferreira, *Não Há Mapa Cor-de-Rosa, A História (Mal)dita da Integração Europeia*, ob. Cit. pág 140. O autor Paulo de Pitta e Cunha em «*Os Impulsos Federais na Construção Europeia*», Ob. Cit. pág 14. Novamente Paulo de Pitta e Cunha em *A Integração Europeia no Dobrar do Século*, ob.cit. nas págs 131 e 138 advoga a mesma ideia.

⁴⁵⁵ - Em Viriato Soromenho-Marques, *Portugal na Queda da Europa* Ob. Cit. pág 195 e ainda Viriato Soromenho-Marques, *O Regresso da América, Que Futuro Depois do Império?* Ob. Cit, pág 69.

⁴⁵⁶ - Retirando Viriato Soromenho-Marques, a grande maioria dos autores, vê a simples ideia do federalismo europeu como uma utopia, um grande mal a evitar. Como refere Viriato, tal resulta certamente do desconhecimento que têm do mesmo. Sobre a hostilidade portuguesa contra o federalismo vide Viriato Soromenho-Marques, *Portugal na Queda da Europa* Ob.Cit. pág 85 a 96. Sobre o radicalismo Paulo De Pitta E Cunha, *A Integração Europeia no Dobrar do Século* , Ob. Cit. Pág 131, para o autor «*em particular dos federalistas radicais, que visam a formação de um Estado federal (...)*» . Sobre os insultos «*primeiro, fizeram equiparar o epíteto de federalista a um insulto*» Paulo Castro Rangel, «*Em Defesa da Constituição Europeia (Ensaio de Política Constitucional)*» Ob. Cit. pág 26.

⁴⁵⁷ - «*A forma do governo federal nos Estados Unidos foi a última a surgir(...)*» Alexis de Tocqueville, *Da Democracia na América*, ob. Cit.pág 99. De igual forma cremos que sucederá na Europa.

⁴⁵⁸ - Síntese de uma frase de Viriato Soromenho-Marques, *Portugal na Queda da Europa*, Ob. Cit. pág 96 e 282. O mesmo autor em Viriato Soromenho-Marques, *A Revolução Federal, Filosofia Política e Debate Constitucional na Fundação dos E.U.A.*, ob. Cit. pág 8 e 14.

CAPÍTULO XVIII - DO FEDERALISMO JUDICIAL EUROPEU

A tentativa de aprovar o Projeto de Tratado Constitucional Europeu pelos estados fracassou. A intenção deste projeto era claramente federal.⁴⁵⁹ O “não” em referendo da Holanda e da França em 2005 ditaram a suspensão de qualquer avanço nesse sentido. Deste então, poucos ou nenhuns avanços foram dados nesta matéria. Os avanços federalistas pararam.⁴⁶⁰ Ora, a indefinição política e a inaptidão da União Europeia para resolver as suas crises conduziram-na a uma posição de incerteza e a uma perpétua crise identitária. Com os possíveis futuros alargamentos e com o já elevado número de estados pertencentes à União, afigura-se cada vez mais difícil existir um consenso político entre os estados membros que conduza a um projeto federal.

Perante este cenário cremos estar a acontecer o fenómeno da afirmação do judicial. É o poder judicial que está a surgir como o impulsionador do federalismo. Os avanços na integração europeia têm sido consolidados pelos órgãos jurisdicionais.⁴⁶¹ Está a ocorrer de forma mais ou menos vincada a construção de uma federação jurídica. Sabemos que o poder judicial necessita da legitimidade democrática que advém de uma constituição federal. É notório que para algum dia existirem os “*Estados Unidos da Europa*” terá de ser proclamada politicamente essa vontade. O poder judicial não tenciona se substituir ao povo de cada estado nem à vontade democrática, porém o poder judicial europeu já aceita através da sua jurisprudência os tratados que instituíram as Comunidades Europeias como autênticos tratados fundadores, dos quais não há retirada possível.⁴⁶²

Contudo, mesmo perante a carência de um tratado fundador, é interessante verificar que o federalismo judicial vai sendo construído passo a passo, unificando desta forma a europa, através de

⁴⁵⁹ - Nesse sentido pág 28, 29 e 36 de Paulo Pitta e Cunha, *Reservas à Constituição Europeia*, Edições Almedina SA. abril de 2005. O mesmo autor em *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão, O Tratado Constitucional Europeu e a Posição de Portugal*, ob. Cit. pág 515.

⁴⁶⁰ - «A União Europeia parou; isto é a ideia federal foi abandonada limitando-se, hoje, a União a gerir um território centrado na comunhão possível de um mercado e de um direito» em Luís António Noronha Nascimento, «O Estatuto do Juíz Europeu ou o Estatuto Europeu do Juíz?», *Julgar*, Nº 25, Coimbra Editora S.A., Janeiro- Abril de 2015, pág 187. É importante não esquecer que apesar de tudo 16 países ratificaram o Tratado Constitucional e dois “*nãos*” mataram o projeto, Paulo Pitta e Cunha, *Direito Europeu, Instituições e Políticas da União*, ob. Cit. pág 35. O Congelamento do Tratado Constitucional foi decidido pelo Conselho Europeu, vide pág 67 de Paulo Pitta e Cunha, *A Crise da Constituição Europeia*, Editores Almedina SA. Novembro de 2005.

⁴⁶¹ - «Os impulsos federais(...) na construção europeia têm provindo fundamentalmente [da] evolução do sistema jurídico comunitário, por via da consagração pelo órgão jurisdicional da visão da supremacia (...)» Paulo De Pitta E Cunha, «Os Impulsos Federais na Construção Europeia», ob. Cit. pág 8. Parêntesis nossos.

⁴⁶² - «Impõe-se salientar primeiramente, a este respeito, que a Comunidade Económica Europeia é uma comunidade de direito, na medida em que nem os seus Estados-membros nem as suas instituições estão isentos da fiscalização da conformidade dos seus actos com a carta constitucional de base que é o Tratado.» em § 23 do Caso Partido Ecologista “Les Verts” contra Parlamento Europeu, Processo 294/83. Decisão no link <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61983CJ0294&qid=1456494890194&from=PT>. Ver ainda Hans Jung, «A Organização Jurisdicional Comunitária Ante o Futuro», Coleção Divulgação do Direito Comunitário, Ano 5, Nº 13, Ministério da Justiça, Gabinete de Direito Europeu, 1993, pág 45. Por último Paulo de Pitta e Cunha, «Os Impulsos Federais na Construção Europeia», ob. Cit. pág 12. Sublinhados nossos.

um projeto europeu de paz perpétua judicial. O federalismo não é uma realidade política, mas já é uma intenção judicial. Começam a ser visíveis os sinais, em certas áreas, de um desejo oculto que apela a uma uniformização comunitária. Será o direito que nos conduzirá à União, por meio das suas decisões.

O poder judicial não se poderá substituir à legitimidade política, mas pode estimular, crescer, fortalecer-se e emergir como o farol que aproxima e conduz a Europa, até que seja dado esse passo político. Curiosamente, sem o federalismo judicial, nunca uma federação política sobreviverá ao teste do tempo. Só o poder judicial poderá funcionar como a “cola” que unifica todos estes estados numa Federação, submetendo-os ao respeito pela lei e pelo Estado de Direito enquanto abraça a diversidade. A federação política dependerá sempre da qualidade e da força do federalismo judicial. O que é o direito comunitário senão um direito federal em estado embrionário? O direito como substituto da força das armas.

Como se afirmou anteriormente os EUA são o estado judicial por excelência, só eles construíram um sistema federal coeso e forte. Como tal é fundamental saber o que eles fizeram, o que eles decidiram e apreender as suas lições. Quer os europeus o desejem ou não temos de estudar o legado americano para atingirmos um patamar mais forte de federalismo judicial. Se não aprendermos com eles, receamos que os alicerces do poder judicial europeu sejam demasiado débeis, para enfrentar, os desafios futuros.

Porque precisamos de instruir-nos na experiência americana? Por um lado, a vivência americana passou por obstáculos semelhantes e foram as decisões dos tribunais que mostraram o caminho a seguir. Não há uma questão na europa que já não tenha sido tratada e abordada pelo federalismo americano. Por outro lado, seja em que estado for, desde que lhe seja dada liberdade o poder judicial desenvolve características e hábitos comuns. Nas nações democráticas o amor pela justiça é fervoroso e o respeito pelo direito imperativo. Tudo isto já se começa a fazer notar nos tribunais comunitários. Desta forma o federalismo judicial torna-se um meio, um caminho para atingir uma maior aproximação entre estados europeus, que culmine com a união federal desejada.

Face ao que foi exposto há apenas três caminhos para a União Europeia. O primeiro, pouco provável e desejável, envolve a sua dissolução, ou secessão.

No segundo supomos que se mantêm os presentes moldes políticos de uma confederação. As decisões dos tribunais contribuem para unir judicialmente e juridicamente uma comunidade politicamente dividida.

A confederação poderá cair perante os perigos externos ou será eternamente uma europa dividida a múltiplas vozes, numa réplica, de um continente semelhante a 1648. Num novo sistema

europeu vastefaliano, sujeitando a Europa à potência hegemónica da altura, em princípio sujeita às ambições alemãs.⁴⁶³

Dizemos Alemanha porque é o país que neste momento melhor se encontra posicionado para assumir essa hegemonia europeia. Assim, seria uma repetição do domínio da Europa por um estado, como já sucedeu, uma Europa Espanhola, uma Europa Napoleónica, uma Europa estalinista e uma Europa hitleriana.

No terceiro caminho, o federalismo judicial impõe-se e com uma decisão política de união federal, o poder judicial será à imagem dos EUA o poder por excelência: «*Numa união federal impera a lógica do Estado de direito*»⁴⁶⁴, por outras palavras, impera o federalismo judicial.

⁴⁶³ Nesse sentido vide Viriato Soromenho-Marques, *Portugal na Queda da Europa*, Ob. Cit. pág 196, 207. Vide Guy Verhofstadt, *Os Estados Unidos da Europa*, Ob. Cit. Pág 39. Por último Tony Judt, *Uma Grande Ilusão? Um ensaio sobre a Europa*, ob. Cit. pág 123 e 133. O autor António Covas, *Dez teses sobre a Europa Federal, Em apoio da proposta de uma Federação de Estados Nação*, Faro, Universidade do Algarve. Outubro de 2012., explana as razões políticas, económicas e militares para o domínio alemão. Eduardo Lourenço, pelo contrário prefere que a hegemonia seja francesa, pela sua cultura, mística e missão histórica vide Eduardo Lourenço, *A Europa Desencantada*, ob. Cit. págs 19,20, 27 e 31.

⁴⁶⁴ - Viriato Soromenho-Marques, *Portugal na Queda da Europa*, Ob. Cit. pág 195.

CAPÍTULO XIX - A ESTRUTURA JUDICIAL EUROPEIA DA ATUALIDADE

Não existe uma estrutura judicial europeia. Existem, no entanto, tribunais comunitários no cimo da hierarquia, tribunais de topo isolados, sem ligação judicial especial com qualquer estado membro. Na União Europeia temos o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE).

Não existe, portanto, uma jurisdição comunitária, nem tribunais comunitários que apliquem o direito comunitário, de forma direta e contínua. Trata-se de uma organização inacabada, com espaços e estruturada de forma muito peculiar. Na Europa, ao contrário do que acontece nos Estados Unidos, não temos propriamente um federalismo judicial, mas sim um Confederalismo Judicial Monista⁴⁶⁵ e um federalismo jurídico.⁴⁶⁶ Este federalismo jurídico, assenta no predomínio dos princípios comunitários⁴⁶⁷ que foram sendo desenvolvidos e afirmados jurisprudencialmente ao longo de décadas pelo TJUE, que afirmam a supremacia do direito comunitário sobre os estados membros, ao mesmo tempo que promovem uma maior integração e unidade comunitária, que é consumada pelos tribunais nacionais.

Cremos estar a desenvolver-se uma estrutura judicial europeia distinta da experiência americana. Tendência que nos parece irá aumentar.

Assente nos tribunais estaduais europeus, em que os juízes nacionais e os tribunais nacionais são os primeiros e os únicos a poderem aplicar o direito comunitário e a sua concordância com o respeito da legalidade e ordem pública dos respetivos estado e com o respetivo aumento do poder dos juízes. Para além de serem juízes nacionais são “*Juízes comunitários de direito comum*”, na terminologia do acordo Tetra Pak I (T- 51 /1989 § 42). Os tribunais nacionais tornam-se os “*tribunais comuns comunitários*”, numa relação simbiótica de necessidade entre o TJUE e os tribunais nacionais.⁴⁶⁸ Os tribunais nacionais precisam de conhecer a interpretação que o TJUE faz do direito

⁴⁶⁵ - Esta ideia será exposta e explicada no capítulo da conclusão.

⁴⁶⁶ - Vide Guilherme Fabiano Julien de Rezende, *A Experiência de Integração Americana e Europeia: Direito Institucional*, Relatório de Mestrado na Disciplina Direito de Integração II, Regência Prof. Doutora Maria José Rangel De Mesquita, Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, 2007/2008 pág 33. Vide ainda João Pedro Arsénio De Oliveira, *Quo Vadis, União?* Ob. Cit. pág 14, 41 , 45 , 46 e 91. Por último João Mota de Campos e João Luis Mota de Campos e António Pinto Pereira, *Manual de Direito Europeu*, ob. Cit. págs 256 e 361.

⁴⁶⁷ - Da mesma opinião João Paulo Da Cunha Rendeiro Chumbinho, *A Evolução da Actividade Interpretativa do Juiz da União Europeia e a Aplicação das Teses de Hart e de Dworkin*, ob. Cit. pág 32. Vide ainda o Secretário do Antigo Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias, Hans Jung, «*A Organização Jurisdicional Comunitária Ante o Futuro*», ob. Cit pág 45, os méritos que o Secretário do tribunal atribui ao Tribunal de Justiça são muitos. Desde estabelecer a primazia e o efeito direto, desenvolver princípios gerais do direito comunitário...

⁴⁶⁸ - Citação “*tribunais comuns comunitários*” e ideia segunte da necessidade recíproca presente em, João Paulo da Cunha Rendeiro Chumbinho, *A Evolução da Actividade Interpretativa do Juiz da União Europeia e a Aplicação das Teses de Hart e de Dworkin*, Doutoramento em Direito na Área de Ciências Jurídico- Políticas, Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, 2010, pág 9. Por isso é que para o Presidente do Supremo Tribunal de Justiça Português, Conselheiro António Henriques Gaspar, o sistema judicial europeu, será a « *Europa das jurisdições- dos tribunais nacionais em*

comunitário e por seu lado o TJUE necessita que os tribunais nacionais apliquem o direito comunitário diretamente nos seus estados e aos seus cidadãos. A ligação que existe entre tribunais nacionais dos estados membros com o TJUE é, portanto, de uma cooperação tácita entre tribunais que se unem para atingir objetivos comuns e não uma sujeição hierárquica, típica de um modelo federal. Como aponta Jónatas Machado, num “*modelo de controlo concreto e difuso*”.⁴⁶⁹ Será essa relação entre tribunais nacionais e tribunais da União que se irá intensificar. O TJUE assegura o privilégio de definir a orientação do direito comunitário através dos recursos e da jurisprudência que vai fixando. Entendemos que isso lhe dá uma posição de hegemonia face aos tribunais nacionais.

Trata-se da criação de uma forma de união judicial preferencialmente estadual, tímida, frágil e monista quanto à sua jurisdição e sem a presença de um elo federal claro, para além da jurisprudência unificadora do TJUE. A Europa avança no sentido de um sistema judicial original.

Do TJUE⁴⁷⁰

É verdade que o TJUE foi inicialmente moldado segundo uma via francesa de organização judicial. Eventualmente os seus criadores almejavam que o TJUE fosse um tribunal que se limitasse a ser a “*la bouche qui prononce les paroles de la loi*”, com preferência para a lei e a doutrina. Porém e possivelmente para revolta dos seus criadores, a inspiração do tribunal virou-se automaticamente para a tradição anglo-saxónica e para o exemplo do “*Supreme Court*”. Adotou por esta forma a chamada “*via pretoriana*” e recebeu a tradição judicial anglo-saxónica do precedente jurisprudencial. O precedente é uma necessidade da democracia e do poder judicial. Possui duas vantagens notórias. As mudanças são sempre associadas a casos judiciais que os cidadãos ficam a conhecer, dando uma maior previsibilidade e igualdade ao direito. Na segunda vantagem o conhecimento do direito e dos seus direitos impede os cidadãos de recorrerem a uma maior litigância.⁴⁷¹

interacção entre si e com as instituições judiciais da União.(...) A construção do espaço europeu de justiça há-de resultar de um sentimento partilhado de cooperação entre juízes dos Estados membros e a jurisdição da União.» Confirmando a nossa ideia de desenvolvimento de uma estrutura judicial cada vez mais assente nos tribunais nacionais, vide pág 39 e 41 de Organizador Eduardo Paz Ferreira, *Justiça Nacional Justiça Europeia*, Almedina. Abril de 2011.

⁴⁶⁹ - Cfr Jónatas Machado, *Direito da União Europeia* ob. Cit pág 544.

⁴⁷⁰ - Sobre o modo de funcionamento do TJUE, vide Guilherme Fabiano Julien de Rezende, *A Experiência de Integração Americana e Europeia: Direito Institucional*, ob. Cit pág 52. Ainda págs 48 a 52 de Klaus- Dieter Borchardt, *O ABC do Direito Comunitário*, Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias. 2000. Sobre os primórdios do TJUE João Paulo Da Cunha Rendeiro Chumbinho, *A Evolução da Actividade Interpretativa do Juiz da União Europeia e a Aplicação das Teses de Hart e de Dworkin*, Ob. Cit. pág 7.

⁴⁷¹ - Sobre a temática da influência Francesa e Continental (administrativa) VS Anglo saxónica no TJUE, e sobre as vantagens do precedente (o qual muito nos inspira) vide as palavras muito acertadas de José Cunha Rodrigues, Antigo Juiz Conselheiro português, no Tribunal de Justiça da União Europeia e Presidente da Segunda Secção em Organizador Eduardo Paz Ferreira, *Justiça Nacional Justiça Europeia*, ob. Cit. pág 24 e 28. Também Guilherme Fabiano Julien De Rezende, *A Experiência de Integração Americana e Europeia: Direito Institucional*, ob. Cit. pág 51 e 52. Na década de 80 até se pensou em introduzir o sistema de “*docket*”, sistema da comum law de transformar em sumários os procedimentos do

Com sede no Luxemburgo o TJUE é «uma única instituição, três tribunais».⁴⁷² O Tribunal de Justiça que aborda essencialmente as questões prejudiciais enviadas para decisão. O Tribunal Geral destaca-se pelas matérias de direito de concorrência, comércio, agricultura e apoios estatais. Por último o Tribunal da Função Pública decide sobre controvérsias entre os funcionários da UE e a UE.⁴⁷³

Como é indicado no próprio *site* do tribunal, é um tribunal que tem uma característica única: qualquer língua oficial da união europeia pode ser usada como língua de um processo junto do tribunal, o que o torna uma instituição multilingue.

A composição do TJUE (Do Tribunal de Justiça e do Tribunal Geral) sempre variou ao longo das décadas, mas mantém-se ainda hoje um princípio base, disposto no artº 19 nº 2 do Tratado da União Europeia, que o número de juízes corresponderá sempre ao número de estados membros da União. Logo, atualmente o TJUE é composto por 28 juízes nomeados pelo poder executivo dos estados membros (artigo 253.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia) e por advogados gerais.⁴⁷⁴

A jurisdição do TJUE é única, independente, exclusiva e suprema, não admite recursos para outro tribunal e as suas decisões têm força executiva. A sua jurisdição abrange matérias constitucionais europeias, administrativas, laborais, sociais, liberdade de circulação, financeiras, comerciais penais e civis. Funciona ainda como um Tribunal de jurisdição internacional, quando anuncia o incumprimento de um estado-membro (artº 258 e ss do TFUE).⁴⁷⁵

tribunal vide Hjalte Rasmussen pág 228 de Edmond Orban, *Federalism and Supreme Courts*, Bruxelles Établissements Émile Bruylant 1991.

⁴⁷² - Palavras de Maria Luísa Duarte, pág 235 de Maria Luísa Duarte, *União Europeia, Estática e Dinâmica da Ordem Jurídica Euroucomunitária*, Edições Almedina SA. Outubro de 2011.

⁴⁷³ - Fonte do próprio Tribunal de Justiça da União Europeia http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_6999/. E da própria União Europeia http://europa.eu/about-eu/institutions-bodies/court-justice/index_pt.htm

⁴⁷⁴ - Os advogados gerais têm por base uma inspiração do modelo francês que não nos interessa aprofundar, semelhantes ao comissário do governo junto dos tribunais administrativos franceses do conselho de Estado francês. Emitem propostas de decisão não vinculativas. Encaminhamos para Klaus- Dieter Borchardt, *O ABC do Direito Comunitário*, ob. Cit. pág 49.

Remetemos ainda para o artigo 253º e ss. do TFUE, para o artigo 19.º do TUE e ss , para os estatutos do TJUE http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-10/staut_cons_pt.pdf , para as págs 399 e 400 de Ana Maria Guerra Martins, *Manual de Direito da União Europeia*, Edições Almedina, S.A. Dezembro de 2012. Para Miguel Gorjão-Henriques, *Direito da União*, ob. Cit, págs 225 a 241 as funções dos juízes, o processo de nomeação dos juízes, as condições necessárias para as nomeações assim como a organização e funcionamento interno do tribunal, matérias que não pretendemos desenvolver.

Sobre o processo no Tribunal Geral e Tribunal de Justiça, cfr Jónatas E. M. Machado, *Direito da União Europeia*, ob. Cit. págs 534 a 537.

⁴⁷⁵ - Sobre as jurisdições do TJUE vide Ana Maria Guerra Martins, *Manual de Direito da União Europeia* Ob. Cit, págs 393 e 394. Vide Miguel Gorjão-Henriques, *Direito da União*, ob. Cit. pág 224. Vide ainda Maria Luísa Duarte, *União Europeia, Estática e Dinâmica da Ordem Jurídica Euroucomunitária*, ob. Cit. pág 246. Nesta última autora ver o quadro da página 244, sobre as funções do TJUE. Por último João Mota de Campos e João Luis Mota de Campos e António Pinto Pereira, *Manual de Direito Europeu*, ob. Cit. pág 183.

Em termos de competência o TJUE viu a sua ser aumentada com o tratado de Lisboa, decidindo por meio do reenvio prejudicial da interpretação dos tratados da UE e do direito comunitário derivado (artº 267 TFUE).⁴⁷⁶

Tem competência consultiva (artº 218 do TFUE), decide ainda sobre as acções por incumprimento contra estados membros (artº 258 TFUE), conhece de recursos de anulação (artº 263 TFUE), conhece de acções por omissão (artº 265 TFUE), de acções de indemnização (artº 268 TFUE), tem competência arbitral (artº 272 do TFUE). As competências são vastas e definidas a priori e à posteriori.

Para fazer face ao volume cada vez mais acentuado de processos, assegurar uma maior uniformização do direito comunitário e garantir mais um degrau judicial aos cidadãos europeus, foi criado inicialmente dentro do TJUE um órgão próprio, o Tribunal de Primeira Instância (TPI).⁴⁷⁷ Este tribunal, após a alteração promovida, corresponde atualmente ao Tribunal Geral.

O tribunal de Justiça pode funcionar ainda como tribunal de apelação das decisões do Tribunal Geral e do Tribunal da Função Pública.

O Objetivo do TJUE

Mais do que nenhuma outra o TJUE tem sido a instituição comunitária que mais tem feito pelo federalismo europeu. Cremos que o deseja conscientemente. O TJUE tem «*uma certa ideia da Europa*». ⁴⁷⁸ Para atingir esse sonho, que o levará à posição cimeira da cadeia judicial, o tribunal tem promovido pela sua jurisprudência o objetivo federalista.⁴⁷⁹ Tanto que os juizes do TJUE davam mais

⁴⁷⁶ - O significado do direito comunitário está dependente da interpretação do TJUE, vide Hjalte Rasmussen em Edmond Orban, *Federalism and Supreme Courts*, ob. Cit. pág 203. Há até quem considere que o Tribunal de Justiça possui já competências funcionais e materiais de um tribunal constitucional europeu, recorrendo ao artº 218 e 267 do TFUE, Ana Maria Guerra Martins, *Manual de Direito da União Europeia*, Ob. Cit pág 393 e 394. Sobre o aumento da competência do TJUE com o tratado de Lisboa, vide pág 55 e 56 de João Paulo da Cunha Rendeiro Chumbinho, *O Tratado de Lisboa e o Novo Sistema Jurisdicional da União Europeia*, Doutoramento em Direito na Área de Ciências Jurídico-Políticas, Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, 2010, onde por exemplo o TJUE já vê o seu poder jurisdicional alargado ao antigo 3º pilar.

⁴⁷⁷ - Dois destes argumentos presentes em Jónatas E. M. Machado, *Direito da União Europeia*, ob. Cit. na pág 533.

⁴⁷⁸ - Maria Luísa Duarte, *União Europeia, Estátca e Dinâmica da Ordem Jurídica Eurcomunitária*, ob. Cit. pág 242. Para nós essa ideia é a europa federal.

⁴⁷⁹ - Salientamos pág 15 de João Mota de Campos e João Luiz Mota de Campos, *Contencioso Comunitário*, Fundação Calouste Gulbenkian. Novembro de 2002. Para estes autores o TJUE, pelo seu discernimento e ousadia, na criação desse federalismo jurídico, mais tem «*favorecido o processo de integração europeia*». Salientamos ainda a exposição de Ana Maria Martins, que salienta o paralelismo entre o “*Supreme Court*” e o TJUE como motores de integração Ana Maria Guerra Martins, *As Origens da Constituição Norte-Americana, Uma lição para a Europa*, ob. Cit. pág131.

importância ao espírito dos tratados comunitários, do que propriamente ao que continham os textos dos mesmos e o seu contexto.⁴⁸⁰

Como não existem tribunais federais europeus a ligação que une o TJUE e os tribunais dos estados membros é ténue e muito discreta.

No entanto há um instituto jurídico que tem um papel preponderante nesta ligação, sem a qual, dificilmente o elo de ligação entre estados e TJUE se manteria. O reenvio prejudicial. Este instituto, funciona simultaneamente como a fina cola que une o mundo judiciário europeu e que garante ao mesmo tempo ao TJUE o papel de árbitro do direito comunitário europeu.

O Reenvio Prejudicial⁴⁸¹

O reenvio prejudicial é um instrumento jurídico comunitário à disposição do juiz nacional que permite que o mesmo envie questões ao TJUE, para que o tribunal interprete o direito da União Europeia originário e derivado, ou a validade de um ato de instituições comunitárias. «*O artº 177 [atualmente 267º do TFUE] atribui ao Tribunal competencia para decidir, a título prejudicial, sobre a validade e a interpretação de actos adoptados pelas instituições da Comunidade, sem qualquer excepção*».⁴⁸²

Todos os tribunais do poder judicial nacional, das várias jurisdições e instâncias podem recorrer a este instrumento, incluindo tribunais constitucionais. «*É nesta perspectiva que devem ser apreciadas as disposições do artigo 177º [atualmente 267º do TFUE], que permitem a qualquer órgão jurisdicional, sem distinção, pedir ao Tribunal de Justiça que se pronuncie a título prejudicial (...)*

⁴⁸⁰ - Tradução nossa de Hjalte Rasmussen em Edmond Orban, *Federalism and Supreme Courts*, Ob cit., pág 204. Ideia confirmada ainda por Jónatas E. M. Machado, *Direito da União Europeia*, ob. Cit. pág 530 « *Ele nunca se limitou a ser a mera boca da lei(...)* O direito da UE compreende todas as normas jurídicas vinculativas, escritas ou não(...)»

⁴⁸¹ - **Não seremos exaustivos neste tema**. Este tema só com as suas nuances e particularidades daria para escrever uma tese. Sobre o reenvio vide em primeiro plano Miguel Gorjão-Henriques, *Direito da União*, ob. Cit. pág 497 a 520. Cfr. págs 6 a 34 da tese de Sheruanny Gomes Ferreira, *Reenvio Prejudicial e o Sistema Jurisdicional da União Europeia*, Relatório de Mestrado na Área de Ciências Jurídico- Internacionais, Regência Prof. Dra. Ana Fernanda Neves, Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, 2009. Cfr. João Mota De Campos E João Luiz Mota De Campos, *Contencioso Comunitário*, ob. Cit. pág 105 a 200. Já em segundo plano pág 340 de Rui Manuel Moura Ramos, *Estudos de Direito da União Europeia*, 1ª Edição, Coimbra Editora. Agosto de 2013. Cfr *Justiça Nacional Justiça Europeia*, . Ob. Cit. pág 23, 24, 42 a 47. Vide Klaus- Dieter Borchardt, *O ABC do Direito Comunitário*, ob. Cit pág 88 a 91. Vide ainda João Paulo Da Cunha Rendeiro Chumbinho, *O Tratado de Lisboa e o Novo Sistema Jurisdicional da União Europeia*, ob. Cit. pág 28 à 30. Finalizando, pág 7 do pdf do TJUE, como o nome de « *As Suas Questões, Sobre o Tribunal de Justiça*» presente no seguinte link <https://infoeuropa.euocid.pt/registo/000047593/documento/0002/> . e claro, o Artº 267 e ss do TFUE .

⁴⁸² - Salvatore Grimaldi Vs Fonds des Maladies Professionnelles, Processo C-322/1988, § 8. Link em http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:bd89ea77-32ba-44d8-a1e0-ec66779fc731.0009.03/DOC_2&format=PDF . Parêntesis nosso.

sobre qualquer questão, sempre que considere que uma decisão deste lhe é necessária para julgamento da causa». ⁴⁸³

O reenvio prejudicial é por regra facultativo, porém caso não haja possibilidade de recurso interno das decisões judiciais (normalmente Supremos estaduais) quando são suscitadas dúvidas sobre a interpretação do direito comunitário, existe uma obrigação de reenvio por esses tribunais superiores nacionais.

Questões que solicitam a conformidade da legislação nacional com a comunitária, não podem ser apreciadas pelo TJUE, uma vez que o mesmo não se pode pronunciar sobre o direito nacional: «o Tribunal não está habilitado a interpretar as normas de direito interno». ⁴⁸⁴

Trata-se de um processo de comunicação e cooperação jurídica entre dois tribunais no qual apenas os juízes podem participar, num diálogo inter pares. Os «autores do artigo 177º [atualmente 267º do TFUE] pretenderam instituir uma cooperação directa entre o Tribunal de Justiça e os órgãos jurisdicionais nacionais de acordo com um processo não contencioso(...)». ⁴⁸⁵

Nenhuma das partes pode submeter o reenvio prejudicial ao TJUE, apesar de poderem pedir ao juiz nacional que submeta esse pedido. Caberá ao juiz aceder ou não ao pedido das partes ou até enviar mesmo, caso as partes não o desejem. «Estando a faculdade de determinar as questões a submeter ao Tribunal reservada ao juiz nacional, as partes não podem modificar-lhes o conteúdo ou fazê-las declarar sem objecto». ⁴⁸⁶

O pedido prejudicial deverá ser “direto e simples” e o juiz terá de o fundamentar: «é indispensável que o juiz nacional dê um mínimo de explicações sobre as razões da escolha das disposições comunitárias cuja interpretação solicita e sobre o nexo que estabelece entre estas disposições e a legislação nacional aplicável ao litígio». ⁴⁸⁷

⁴⁸³ - Rheinmühlen-Düsseldorf v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, Processo 166-1973, § 2. Link em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61973CJ0166&qid=1450636853925&from=EN>. Parêntesis nosso

⁴⁸⁴ - Mrs M.K.H. Hoekstra (née Unger) vs Bestuur der Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten, Processo Case 75-1963 pág 425. Link <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61963CJ0075&qid=1450630455834&from=EN>

⁴⁸⁵ - Hessische Knappschaft v Maison Singer et fils, Processo 44-1965 pág 254. Link <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61965CJ0044&qid=1450630874579&from=EN>. Parêntesis nosso.

⁴⁸⁶ - Idem, pág 253.

⁴⁸⁷ - Procedimento criminal contra Juan Carlos Grau Gomis e outros, Processo C-167/1994, § 9. Link em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61994CO0167&qid=1450650860588&from=EN>

O pedido prejudicial pode ser solicitado em qualquer fase processual e de forma repetida «*Daqui resulta terem os órgãos jurisdicionais nacionais a faculdade ilimitada de recorrer ao Tribunal de Justiça (...)*».⁴⁸⁸

O TJUE não é muito exigente quanto às formalidades exigidas na colocação das perguntas nem com o modo como as perguntas são enviadas. «*Todavia, o Tratado não prevê nem explícita nem implicitamente a forma em que o órgão jurisdicional nacional deve apresentar o seu pedido de decisão prejudicial (...)*» por isso pode o «*juiz nacional redigir o seu pedido de uma forma directa e simples(...)*».⁴⁸⁹ No processo 75/1963, página 427, o Tribunal até respondeu a questões prejudiciais, enviadas, por carta.

Durante o tempo de apreciação pelo TJUE o tribunal nacional suspende a instância (artº 23 do Estatuto do TJUE).

Quando o TJUE emite a sua decisão sobre o direito da União ou a validade de um ato, a mesma vincula o tribunal nacional e funciona como precedente para outros casos. Não é um parecer, ou seja, a decisão tem força obrigatória e não é susceptível de recurso. Na matéria do precedente o TJUE referiu que o reenvio prejudicial pode perder «*a sua razão de ser e fique destituída de conteúdo. Isto acontece, designadamente, quando a questão suscitada é materialmente idêntica a uma questão que foi já objecto de uma decisão a título prejudicial num processo análogo*».⁴⁹⁰ Ou seja, já há um precedente numa questão idêntica, mas o TJUE poderá sempre voltar a apreciar o reenvio solicitado.

O TJUE nunca se pronuncia sobre a solução do caso concreto: «*não compete ao Tribunal de Justiça mas ao órgão jurisdicional nacional estabelecer os factos que deram origem ao litígio e tirar deles as consequências para a decisão que tem de proferir*».⁴⁹¹

A grande meta é atingir uma uniformização do direito comunitário na sua aplicação pelos tribunais europeus. «*Corresponde esta concepção à função atribuída ao Tribunal pelo artigo 177 º[atualmente 267º do TFUE] e que visa assegurar a unidade de interpretação do direito comunitário nos (...) Estados-membros*».⁴⁹²

⁴⁸⁸ - Rheinmühlen-Düsseldorf v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, Processo 166-1973, § 3.

⁴⁸⁹ - Kledingverkoopbedrijf de Geus en Uitdenbogerd VS Robert Bosch GmbH and Maatschappij tot voortzetting van de zaken der Firma Willem van Rijn, Processo 13/1961, pág 16 . Link em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61961CJ0013&qid=1450649530203&from=EN>

⁴⁹⁰ - Da Costa en Schaake NV, Jacob Meijer NV, Hoechst-Holland NV v Netherlands Inland Revenue Administration, Processo 28/30 de 1962, pág 237 . Link <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61962CJ0028&qid=1450631978000&from=EN>

⁴⁹¹ - World Wildlife Fund (WWF) and Others v Autonome Provinz Bozen and Others, Processo C-435/1997, § 32. Link em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61997CJ0435&qid=1450632782694&from=EN>

⁴⁹² - Da Costa en Schaake NV, Jacob Meijer NV, Hoechst-Holland NV v Netherlands Inland Revenue Administration, Processo 28/30 de 1962 pág 237. Parentesis nosso.

Seguidamente procuraremos demonstrar, no próximo capítulo, que começam a surgir sinais de um poder judicial europeu cada vez mais forte, presente e federalista.

CAPÍTULO XX - SINAIS DE UM FEDERALISMO JUDICIAL CRESCENTE

O poder judicial comunitario na Europa tem vindo a ganhar notoriedade e uma cada vez maior relevância. Existem pequenos sinais, como a crescente presença do direito comunitário nos estados nacionais, ou a cada vez mais presente importância do precedente judicial do TJUE.⁴⁹³ Até o simples facto de os casos que chegam ao TJUE serem apresentados à maneira americana, a forma adversarial de A Vs B o sugere. Nas faculdades de toda a Europa o estudo do direito comunitário é cada vez mais alicerçado no estudo das decisões jurisprudenciais e das suas repercussões. cremos que a maioria destes pequenos sinais têm uma clara influência anglo-saxónica.

Sobressaiem ainda os grandes sinais tais como, por exemplo: o Efeito Direto, ou o Primado; a União de Direito; a responsabilização dos Estados membros por violação do Direito da União; a livre circulação de pessoas e mercadorias. Todas estas ideias correspondem a princípios comunitários que têm por sua vez uma concretização jurisprudencial graças à atuação criativa do TJUE.⁴⁹⁴ Tudo isto que foi exposto se deve a um desejo federalista e resulta numa concretização uniforme do direito comunitário no espaço europeu.

Não sendo possível abordar com exaustão todas as manifestações de federalismo judicial europeu. Limitamo-nos por isso, a enunciá-las e a abordar em especial três delas. O Princípio da Interpretação Conforme o Direito Comunitário; O Princípio do Reconhecimento Mútuo das Decisões Judiciais e o Primado do Direito Comunitário.

⁴⁹³ - «A jurisprudência do Tribunal de Justiça caracteriza-se, claramente, como um precedente vertical obrigatório.» José Caramelo Gomes, *Lições de Direito da União Europeia*, ob. Cit. pág 176. Sufragamos a mesma opinião.

⁴⁹⁴ - «Aliás,esses elementos identificadores como traços federativos da União Europeia foram construídos, basicamente, à conta da jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias.» em Guilherme Fabiano Julien De Rezende, *A Experiência de Integração Americana e Europeia: Direito Institucional*, Ob. Cit. pág 33 § 117. Vide ainda «O tribunal de Justiça introduziu com audácia a sua interpretação criadora.»em Paulo Pitta e Cunha, *Reservas à Constituição Europeia*, ob. Cit. pág 30, 31 e 35. Vide Maria Luísa Duarte, *União Europeia, Estática e Dinâmica da Ordem Jurídica Eurucomunitária*, ob. Cit. pág 240. Por último José Caramelo Gomes, *Lições de Direito da União Europeia*,ob. Cit. pág 125. De salientar que essa atitude criativa do TJUE nem sempre é bem vista por todos.

CAPÍTULO - XXI- DOS PRINCÍPIOS

Do Primado do Direito Comunitário. ou o Equivalente Europeu da “Supremacy Clause” Americana⁴⁹⁵

Há um traço comum entre a federação americana e a confederação europeia.

O princípio do primado do direito comunitário consiste no facto de que, perante um conflito entre as leis estaduais e as leis da união sobre o mesmo assunto, existe uma primazia, uma preempção do direito federal (o que é o direito comunitário senão um direito federal em estado embrionário?). Para além disso a primazia significa que o direito da União nunca poderá ser revogado pela legislação nacional de um estado. Obriga os tribunais nacionais a serem vigilantes a protegerem o direito comunitário e a aplicarem-no “*de uma forma tipicamente federal*”.⁴⁹⁶ Desta forma garante-se a subordinação dos direitos nacionais ao direito federal, por uma via hierárquica. O direito comunitário torna-se supra estadual.⁴⁹⁷

O primado do direito da União Europeia é um primado de direito comunitário originário (dos tratados celebrados) e derivado (regulamentos e directivas).⁴⁹⁸ Tal como sucedeu nos Estados Unidos o grande responsável pelo desenvolvimento deste princípio foram os tribunais e na Europa o TJUE. Mesmo quando este princípio não existia nos tratados europeus, nem era assegurada a primazia do direito comunitário, coube ao TJUE inventar e promover essa supremacia.⁴⁹⁹ O Primado do Direito

⁴⁹⁵ - Para Guilherme de Rezende trata-se de uma manifestação de um federalismo jurídico, em Guilherme Fabiano Julien de Rezende, *A Experiência de Integração Americana e Europeia: Direito Institucional*, Ob. Cit, pág 33 § 116, ainda nota 49 da mesma página e pág 35 § 121. Vide também João Pedro Arsénio de Oliveira, *Quo Vadis, União?* ob. cit. pág 41.

⁴⁹⁶ - Em Jónatas E. M. Machado, *Direito da União Europeia*, Ob. Cit. pág 543. Sobre a supremacia comunitária «Quando o Tribunal de Justiça (...) afirmou a supremacia do ordenamento comunitário sobre os ordenamentos jurídicos nacionais, deu-se nítido avanço no sentido federal.» em Paulo De Pitta E Cunha, *A Integração Europeia no Dobrar do Século*, Ob. Cit. pág 133. Novamente para Paulo de Pitta e Cunha este princípio assume características federais, em Paulo Pitta e Cunha, *Direito Europeu, Instituições e Políticas da União*, ob. Cit. pág 41. Sobre a impossibilidade de revogação do direito comunitário, Klaus- Dieter Borchardt, *O ABC do Direito Comunitário* ob. cit. pág 24.

⁴⁹⁷ - Por exemplo considerando que existe uma supremacia do direito comunitário sobre as constituições nacionais temos Hjalte Rasmussen em Edmond Orban, *Federalism and Supreme Courts*, Bruxelles Établissements Émile Bruylant 1991, ob. Cit. pág 205 e nota 8. Por sua vez Paulo Da Cunha Rendeiro considera que o primado «não é absoluto, pois, por um lado, há matérias que não cabem nas atribuições da União Europeia e, por outro, em princípio, cede em matéria de princípios fundamentais.» em João Paulo Da Cunha Rendeiro Chumbinho, *A Evolução da Actividade Interpretativa do Juiz da União Europeia e a Aplicação das Teses de Hart e de Dworkin*, ob. Cit. pág 35. Consideramos a situação ultrapassada, como refere José Caramelo Gomes, o TJUE, tomou uma decisão que lhe permitiu assegurar o primado absoluto do direito comunitário, ao mesmo tempo que considera os direitos fundamentais como parte “integrante dos princípios gerais de direito” remetemos para o autor em José Caramelo Gomes, *Lições de Direito da União Europeia*, ob. Cit. pág 229 e 230. Jónatas Machado fala num «Federalismo constitucional pactuado» em que os tribunais constitucionais adotam uma posição minimalista, ver Jónatas Machado, *Direito da União Europeia* ob. Cit pág 546.

⁴⁹⁸ - Cfr pág 52 de L. Barbosa Rodrigues, *Introdução ao Direito, Geral, Interno, da União Europeia e Internacional*, Lisboa, Quid Juris, Sociedade Editora. 2012.

⁴⁹⁹ - Dito de forma muito direta por Ana Maria Guerra Martins, *Manual de Direito da União Europeia*, Ob. Cit pág 494. Ainda pág 41 de João Pedro Arsénio De Oliveira, *Quo Vadis, União?* ob. Cit. «O princípio do primado do Direito Comunitário é uma invenção jurisprudencial». Tanto que a ideia de preempção, foi retirada de jurisdições estrangeiras

Comunitário é portanto mais uma criação jurisprudencial do TJUE que ficou estabelecida no caso *Costa vs Enel*, Processo 6-64.⁵⁰⁰

Neste caso relevam duas ideias. Primeiro, que os Estados membros ao «criarem uma Comunidade de duração ilimitada» para a qual transferiram poderes, atribuíram-lhe capacidade e personalidade jurídica, auto limitaram-se em certos domínios da sua soberania e que ao ser criada essa Comunidade foram-lhe destacadas competências que lhe permitiram desenvolver um direito comum a todos os estados membros, uma «*ordem jurídica própria*».⁵⁰¹

Em segundo lugar, os estados não podem por isso voltar atrás nessa transferência de poderes, adotando para o efeito medidas internas que são contrárias ao direito estabelecido por essa nova comunidade. Dessa forma o direito comunitário tem de se impor às leis nacionais. O Direito comunitário tem prevalência sobre os todos os atos legislativos nacionais, devendo ser aplicado de forma uniforme e simultânea pelos Estados membros.

Do Princípio da Interpretação Conforme o Direito Comunitário⁵⁰²

Existem duas visões associadas ao princípio supra identificado. Na primeira, a interpretação conforme, encaixa-se numa questão prejudicial. Após enviar uma questão para o TJUE, o juiz nacional terá de aplicar o direito comunitário de acordo com a interpretação feita pelo TJUE, conferindo depois a nível nacional, a compatibilidade da interpretação com a legalidade nacional do seu estado. Esta é a perspectiva do tribunal e do juiz nacional.

Na segunda visão, que nos interessa mais, o princípio da interpretação conforme, ou princípio do efeito indireto, é enquadrado numa questão do efeito direto das diretivas. Na eventualidade de uma

(quiça, afirmamos nós dos EUA) e aplicada no caso *Pigs Marketing Board vs Redmond* Caso 83/78, ECR 2347 de 1978, vide Hjalte Rasmussen em Edmond Orban, *Federalism and Supreme Courts*, Bruxelles Établissements Émile Bruylant 1991, ob. Cit. pág 206.

⁵⁰⁰ - Caso Flaminio Costa contra E.N.E.L. Processo 6-64. Sumário em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1456485499564&uri=CELEX:61964CJ0006>. Decisão em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61964CJ0006&qid=1456485499564&from=PT>. Sobre este caso vide também João Paulo Da Cunha Rendeiro Chumbinho, *A Evolução da Actividade Interpretativa do Juiz da União Europeia e a Aplicação das Teses de Hart e de Dworkin*, ob. Cit. pág 35. Vide Klaus- Dieter Borchardt, *O ABC do Direito Comunitário*, ob. Cit. pág 101. Vide Maria Luisa Duarte, *Direito Internacional Público, E Ordem Jurídica Global do Século XXI*, ob. Cit. pág 319. Vide ainda João Pedro Arsénio de Oliveira, *Quo Vadis, União?, Uma Perspectiva sobre o futuro da União Europeia*, ob. Cit. pág 41 a 45. O Tribunal de Justiça, A sua jurisprudência em http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-09/c_jurisprudence_pt.pdf

⁵⁰¹ - Ambas as citações presentes no processo Flaminio Costa Vs E.N.E.L, Processo 6-64, pág 555.

⁵⁰² - Sobre este princípio vide em especial Maria Rosa Oliveira Tching, «Juiz Nacional- Um Juiz Cada Vez Mais Europeu!», *Revista Julgar*, Nº 14, Coimbra Editora S.A., Maio- Agosto de 2011, pág 141 e ss. Miguel Gorjão-Henriques, *Direito da União*, Ob. Cit pág 417 a 422. Francisco das C. Lima Filho, «A Ordem Jurídica Comunitária Europeia: Princípios e Fontes», *Revista Jurídica UNIGRAN*, v 8 nº 15, Jan./Jun de 2006, pág 75 e ss. Gabinete de Direito Europeu, «A Interpretação do Direito Nacional Conforme ao Direito Comunitário», *Colecção Divulgação do Direito Comunitário*, Ano 11, Revista Nº 32, Ministério da Justiça, 2000, pág 117 a 119.

transposição incorreta ou inexistente, ou na eventualidade da lei nacional anteceder temporalmente uma diretiva comunitária, ou na pendência de legislações nacionais (período de transição), os tribunais judiciais dos estados membros, devem interpretar a legislação nacional conforme o espírito e letra do direito comunitário. Este princípio pode ser apreciado em qualquer fase processual pelo TJUE e de forma repetida.

Vamos desmontar agora cada um dos elementos da segunda visão.

Primeiro elemento - *“O princípio do efeito indireto é enquadrada numa questão do efeito direto das directivas”*.

Esta é a regra geral. Porém, também as decisões-quadro podem ser alvo de uma interpretação conforme o direito comunitário. Como entendeu o TJUE no caso contra Maria Pupino.⁵⁰³ Considerou o tribunal que a sua competência a título prejudicial ficaria privada e enfraquecida caso não pudesse avaliar as questões a ele submetidas pelos particulares. Nesse sentido podem os particulares dos estados membros recorrer ao TJUE, caso o entendam, a questões prejudiciais que envolvam a interpretação de decisões-quadro, tendo em vista obter a interpretação conforme o direito comunitário.

504

Seria muito difícil para a União Europeia atingir uma união cada vez mais estreita se os estados se esquivassem às obrigações no âmbito da cooperação policial e judiciária em matéria penal.⁵⁰⁵

Segundo elemento – *“Na eventualidade de uma transposição (...) inexistente”*

Relevam dois casos. Em *Sabine von Colson and Elisabeth Kamann VS Land Nordrhein*⁵⁰⁶ o Tribunal entendeu que a diretiva não exigia que o empregador fosse obrigado, como ato sancionatório, a contratar a pessoa alvo de discriminação, já que a diretiva não continha obrigações incondicionais ou

⁵⁰³ - Processo Criminal contra Maria Pupino Processo C-105/2003. Decisão e Sumário nos seguintes links <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62003CJ0105&from=EN>, sumário <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1447870585686&uri=CELEX:62003CJ0105>. Sobre os factos deste caso vide Par. 12 a 18. Pupino foi, acusada de ofensas à integridade física a crianças com menos de 5 anos de idade, no período compreendido entre Janeiro e Fevereiro de 2001.

⁵⁰⁴ - Idem Par. 43. Vide ainda Par. 37, 38 e 40. «(...) o princípio da interpretação conforme se impõe relativamente às decisões-quadro adoptadas no âmbito do título VI do Tratado da União Europeia. Ao aplicar o direito nacional, o órgão jurisdicional de reenvio chamado a proceder à sua interpretação é obrigado a fazê-lo, na medida do possível, à luz do teor e da finalidade da decisão-quadro, a fim de atingir o resultado visado por esta última.»

⁵⁰⁵ - Idem, Par. 42.

⁵⁰⁶ - Sabine von Colson and Elisabeth Kamann VS Land Nordrhein-Westfalen Processo 14/1983. Decisão e Sumário nos seguintes links <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61983CJ0014&qid=1447256769785&from=PT>. Sumário <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1447524048416&uri=CELEX:61983CJ0014>. Ver sumário, factos e acórdão § 1 a 5. Duas mulheres candidataram-se a duas vagas na prisão de Werl. As candidaturas foram rejeitadas, numa clara discriminação sexual e em seu lugar, foram escolhidos dois homens menos qualificados. Esta situação era contrária à diretiva comunitária 76/207/EEC de 9 de Fevereiro 1976, sobre a igualdade de tratamento entre homens e mulheres, no acesso ao emprego.

suficientemente precisas que permitissem compensar o indivíduo, alvo de comportamento discriminatório.⁵⁰⁷

Por outro lado, a diretiva apenas impunha a proibição de discriminação em função do sexo deixando livre aos estados a escolha dos meios para atingir esses fins. Caso os estados quisessem sancionar essa violação da proibição de discriminação teriam de aplicar, no entanto, uma sanção mais severa e adequada em relação ao dano sofrido, do que aplicar um montante meramente nominal.⁵⁰⁸

Esta ideia de “*obrigações incondicionais ou suficientemente precisas*” fez jurisprudência e voltou a ser usada, posteriormente, em múltiplos casos do TJUE. Foi a base de futuros desenvolvimentos jurisprudenciais.

O seguinte desenvolvimento deu-se num litígio entre uma empregada, M. H. Marshall, e a Autoridade de Southampton and South-West Hampshire Area Health.⁵⁰⁹

Como a primeira questão, se o despedimento da empregada foi uma discriminação que violava a diretiva comunitária, foi respondida afirmativamente,⁵¹⁰ o TJUE, dedicou a sua atenção à segunda questão colocada. Se o artº 5 da diretiva podia ser invocado pelos particulares nos tribunais nacionais sem que ela tivesse sido transposta. O tribunal foi da opinião que, no caso de particulares, eles podem invocar contra os estados, as diretivas comunitárias que não foram transpostas,⁵¹¹ desde que as mesmas sejam “*incondicionais e suficientemente precisas*”. Quanto aos estados, os mesmos não podem invocar em tribunais nacionais o incumprimento de obrigações aos particulares, das directivas comunitárias que eles próprios não transpuseram.⁵¹²

No entanto este acórdão foi um pouco mais longe. A Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching) era uma autoridade pública e havia a necessidade de saber se os particulares podiam agir só contra os estados que não transpõem as diretivas ou se as autoridades públicas, neste caso administrativas, estariam também incluídas.

⁵⁰⁷ - Idem § 27. Tradução de «*the directive does not include any unconditional and sufficiently precise obligation (...)*»

⁵⁰⁸ - Idem § 28.

⁵⁰⁹ - M. H. Marshall v Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching) Processo 152/1984. Decisão <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61984CJ0152&qid=1447869283611&from=EN>, Sumário em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1447869283611&uri=CELEX:61984CJ0152>. Sobre os factos vide Par. 3, 4 e 5. Uma empregada, de 62 anos, foi despedida por ter ultrapassado a « *idade de reforma*» prevista para as mulheres aos 60 anos, apesar da mesma ter expresso a vontade de trabalhar até aos 65. A Diretiva comunitária 76/207 de 9 de Fevereiro de 1976 visava a concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se referia ao acesso ao emprego, formação profissional e às condições de trabalho. A legislação inglesa previa a idade de reforma para os 60 anos, se bem que, não impunha essa obrigação aos trabalhadores.

⁵¹⁰ - Idem, § 12, 21, 38 e 39.

⁵¹¹ - Idem, § 46 e 55.

⁵¹² - Idem, § 47.

O TJUE entendeu que sim, já que as autoridades públicas, são formas de expressão da vontade estadual. Assim, os particulares podem invocar a diretiva não transposta e «*podem fazê-lo qualquer que seja a qualidade em que aja este último [o Estado]— a de empregador ou a de autoridade pública*».⁵¹³ A finalidade máxima é impedir que o estado, numa das suas “*personas*”, saia beneficiado com o seu incumprimento.

Dessa forma, os particulares podem invocar as diretivas não transpostas contra o estado e contra as autoridades públicas, desde que as diretivas sejam “*incondicionais e suficientemente precisas*”.⁵¹⁴

Terceiro elemento – “*Na eventualidade de uma transposição incorrecta*”.

No caso *Ursula Becker Vs Finanzamt Münster-Innenstadt Ursula Becker*⁵¹⁵ o tribunal afirmou que os estados têm a obrigação de aplicar as medidas que dizem respeito à implementação da diretiva. Podem porém, surgir especiais problemas se os estados transpuserem incorretamente as diretivas comunitárias. Uma vez que isso implica consequências e obstáculos diretamente aos particulares⁵¹⁶ que não poderiam defender os seus direitos ao abrigo da legislação comunitária.

Assim, os particulares podem invocar as diretivas comunitárias incorretamente transpostas contra os Estados, desde que estas sejam “*incondicionais e suficientemente precisas*”. Quanto aos estados, perante diretivas comunitárias “*incondicionais e suficientemente precisas*”, não podem invocar nos tribunais nacionais a sua transposição incorreta contra os particulares uma vez que foram eles próprios que as transpuseram de forma deficiente.⁵¹⁷

O tribunal decidiu que o estado não poderia invocar a sua falha em transpor a diretiva e que a isenção atribuída ao particular foi considerada “*incondicional e suficientemente precisa*”. Replicou

⁵¹³ - Idem § 49. Parentesis rectos e sublinhado nossos.

⁵¹⁴ - Idem § 50, 51, 55 e 56.

⁵¹⁵ - Ursula Becker v Finanzamt Münster-Innenstadt Processo 8/1981. Sobre este caso ver <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61981CJ0008&qid=1447867914106&from=EN>, sobre o Sumário <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1447867914106&uri=CELEX:61981CJ0008>. Ursula Becker era uma negociadora de créditos, que procurou a isenção do “*turnover tax*” devido à profissão que exercia. Isenção essa, garantida pela diretiva 77/388/EEC, de 17 Maio de 1977, que visava a harmonização das leis relacionadas com a “*turnover tax*”. Por sua vez, o estado alemão, não conseguiu transpor as modificações necessárias solicitadas pela diretiva, no prazo indicado de 1 de Janeiro de 1978, tendo de solicitar um novo prazo que ficou agendado para 1 de Janeiro de 1979. Contudo, o estado alemão apenas transpôs a diretiva a 1 de Janeiro de 1980. Rejeitando o argumento da isenção, a delegação local de impostos, a Finanzamt Münster-Innenstadt, solicitou a Ursula Becker o pagamento de vários milhares de marcos, em impostos devidos, entre os meses de Março a Junho de 1979.

⁵¹⁶ - Idem Par 20 e 23.

⁵¹⁷ - Estas duas ideias são incluídas no acordão em si, retiradas dos Par. 20, 24 e 25. Viria a ser depois consagrada em jurisprudência. Um excelente exemplo destas duas ideias surgem no Processo-crime contra Kolpinghuis Nijmegen BV em especial no § 7 e 8. Dados sobre esse caso mais à frente, que atribui ao caso Becker v Finanzamt Münster-Innenstadt a autoria destas duas argumentações.

ainda que as dificuldades administrativas para os estados que advêm das isenções existentes na diretiva devem ser unicamente suportadas por eles próprios e não ser transferidas para os particulares.⁵¹⁸

Quarto elemento - “*Ou na eventualidade da lei nacional anteceder temporalmente uma directiva comunitária*”.

Marleasing intentou um pedido de anulação do contrato de sociedade contra a empresa “*La Comercial Internacional de Alimentacion SA*”.⁵¹⁹ A questão deste caso, colocada pelo tribunal espanhol, era saber se a interpretação da diretiva, nomeadamente do seu artº 11, era diretamente aplicável e se poderia haver uma declaração de invalidade de uma sociedade, baseada num fundamento, numa razão diferente daquelas que eram apresentadas no artigo 11º.⁵²⁰

Mais uma vez, o TJUE salientou que «*ao aplicar o direito nacional, quer se trate de disposições anteriores ou posteriores à directiva (...)*»⁵²¹ os tribunais nacionais tinham de interpretar “conforme” o direito comunitário. Como tal o artº 11 devia ser interpretado deixando de fora quaisquer outras causas que não as “*enunciadas na directiva*”. Existia até, quanto à questão da invalidade do contrato de sociedade, uma proibição dos estados membros de preverem outros fundamentos que não os apontados pela diretiva. O artº 11 era então de interpretação restrita.⁵²²

Quinto elemento - “*Ou na pendência de legislações nacionais (período de transição)*”.

Em *Impresa Costruzioni comm. Quirino Mazzalai VS Ferrovia del Renon*⁵²³ o Estado Italiano reivindicou que a diretiva comunitária não podia dispor sobre uma situação transitória do seu direito

⁵¹⁸ - Ursula Becker v Finanzamt Münster-Innenstadt Par. 27, 40, 47 e 49

⁵¹⁹ - Marleasing SA VS La Comercial Internacional de Alimentacion SA Processo 106/1989. Decisão e Sumário nos seguintes links http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:384f064c-f467-4dda-a3cb-a44d930a6e25.0009.02/DOC_1&format=PDF , http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:384f064c-f467-4dda-a3cb-a44d930a6e25.0009.02/DOC_2&format=PDF . Sumário em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1447524911490&uri=CELEX:61989CJ0106> . Sobre mais factos vide sumário, relatório para audiência e § 2 e 3 do acórdão. Havia suspeitas de simulação do contrato de sociedade, tudo com o objetivo de furtar e desviar ativos da empresa Barvies, para a empresa “*La Comercial*”, prejudicando os seus credores, entre os quais, a empresa Marleasing. O caso *Marleasing SA VS La Comercial Internacional de Alimentacion SA*, revolvía à volta da não transposição por Espanha, da Diretiva Comunitária 68/151/CEE. A diretiva assegurava a segurança jurídica e a uniformização nas relações entre algumas das sociedades, nomeadamente anónimas e de terceiros, assim como, estabelecia as garantias que são exigidas às sociedades e determinava as causas, de invalidade dos contratos de sociedade.

⁵²⁰ - Idem, § 4 e 7.

⁵²¹ - Idem, Par. 8. Sublinhado nosso.

⁵²² - Idem, todos os argumentos presentes nos Par. 9, 10, 12 e 13.

⁵²³ - *Impresa Costruzioni comm. Quirino Mazzalai VS Ferrovia del Renon* Processo 111/1975. Decisão e Sumário nos seguintes links <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61975CJ0111&qid=1447440153445&from=PT> , <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61975CJ0111&from=PT> , sumário em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1447442823940&uri=CELEX:61975CJ0111> . Sobre os factos ver sumário, relatório para audiência e § 1 a 3 do acórdão. Caso que envolvia um contrato de prestação de serviços, celebrado em 1964, em que a empresa Impresa Costruzioni comm. Quirino Mazzalai se comprometia, a construir um «*cable railway*» para a Ferrovia del Renon. Apesar da

interno. O TJUE teve um entendimento diferente. Entendeu que as leis nacionais deviam ser interpretadas e aplicadas de acordo com os ditames das diretivas comunitárias. Neste caso foi-se até um pouco mais longe e estabeleceu-se que a interpretação conforme o Direito Comunitário, deveria abranger também os períodos de transição entre as legislações nacionais.⁵²⁴

Sexto elemento - “*Os tribunais judiciais dos estados membros devem interpretar a legislação nacional conforme o espírito e letra do direito comunitário.*”

Foi no caso *Sabine von Colson and Elisabeth Kamann VS Land Nordrhein* que, para atingir o disposto do então artº 189 do Tratado da CEE, o TJUE estipulou que «*national courts are required to interpret their national law in the light of the wording and the purpose of the directive (...)*».⁵²⁵ Decisão depois confirmada, no Processo-crime contra Kolpinghuis Nijmegen BV, em que o TJUE voltou a afirmar que «*(...) com a finalidade de dar cumprimento à directiva, o órgão jurisdicional nacional deve interpretar o seu direito nacional à luz do texto e dos objectivos da directiva.* »

Sétimo elemento - “*Este princípio pode ser apreciado em qualquer fase processual pelo TJUE e de forma repetida*”.

Pretore di Salò VS Desconhecidos é claro nesse aspeto e apesar de se referir em especial ao pedido prejudicial, entendemos que abrange também o princípio da interpretação conforme o direito comunitário. Assim «*a escolha do momento em que convém (...) obedece a considerações de economia e de utilidade processuais cuja apreciação não compete ao Tribunal, mas apenas ao órgão jurisdicional nacional.*»⁵²⁶

Como tal caberá sempre ao Juiz nacional decidir em que fase enviará as questões sobre a interpretação do Direito comunitário ao TJUE, se no início, no meio ou até se, no fim da causa. Mas mais do que isso, o mesmo acórdão permitiu que os tribunais recorressem de forma repetida ao TJUE se assim o entenderem «*(...) não impede que o juiz nacional, destinatário do acórdão, recorra novamente ao Tribunal, se o considerar necessário para a decisão do litígio no processo principal.*»⁵²⁷ No mesmo parágrafo o TJUE justifica o porquê dessa orientação: devido a dificuldades que surjam face a uma nova questão de direito ou até de novos elementos.

construção ter terminado em 1967, devido a divergências entre as partes, só em 1973 foi pago o valor devido. A empresa Mazzalai recorre aos tribunais ambicionando ser reembolsada do valor pago em “*turnover tax*”, em 1973, no valor de 12%, quando em 1967 teria pago apenas 4%. A diretiva comunitária 67/228/EEC datada de 11 de abril de 1967, visava a harmonização legislativa quanto ao «*turnover tax*». A diretiva foi apenas transposta para a ordem jurídica italiana, em 1973. o caso chega ao TJUE e questionava-se o tribunal quanto ao seu entendimento da questão do “*chargeable event*” (momento do término de um contrato de prestação de serviços por efetiva realização do mesmo) na diretiva.

⁵²⁴ - Idem, § 10 e 11.

⁵²⁵ - Sabine von Colson and Elisabeth Kamann VS Land Nordrhein § 26.

⁵²⁶ - Pretore di Salò VS Desconhecidos, § 11.

⁵²⁷ - Idem, Par. 12.

Oitavo elemento - “em ambos os casos é importante que seja enquadrada a situação jurídica e apresentadas as razões para a apreciação”

O caso *Union Laitière Normande, a Group of Agricultural Co-Operatives v French Dairy Farmers Limited*,⁵²⁸ é um caso de conflito entre a legislação inglesa e algumas diretivas comunitárias. Antes de apreciar as questões apresentadas o TJUE considerou fundamental que para uma correta interpretação das leis comunitárias fosse estabelecido o enquadramento jurídico. Mas não bastava apresentar o contexto jurídico, era importante igualmente juntar ainda as razões para a sua apreciação.⁵²⁹

Este acórdão viria a ser confirmado posteriormente em *Pretore di Salò vs Desconhecidos*. Nomeadamente na segunda questão colocada ao tribunal em que o TJUE respondeu «que para a interpretação do direito comunitário seja útil ao juiz nacional, é necessário que seja definido o quadro jurídico em que se deve situar a interpretação solicitada», indicando, para isso «todos os elementos de facto e de direito» que possam ser relevantes.⁵³⁰

Exceções ao Princípio da Interpretação Conforme o Direito Comunitário

Há no entanto três exceções ao princípio: Primeiro, não poderá violar os princípios gerais de direito. Segundo, o princípio da segurança jurídica e o princípio da não retroactividade. Terceiro, não poderá conduzir a uma interpretação contra legem e não poderá agravar a responsabilidade penal.

Primeira Exceção - “Princípios gerais de direito e a segurança jurídica”

⁵²⁸ - *Union Laitière Normande, a Group of Agricultural Co-Operatives v French Dairy Farmers Limited* Processo 244/1978. Decisão e Sumário nos seguintes links <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61978CJ0244&qid=1447868640838&from=EN>, Sumário em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1447868640838&uri=CELEX:61978CJ0244>. Sobre os factos deste processo ver o sumário, o relatório para audiência e Par. 2 e 3 do acórdão. Foi estabelecido um contrato entre a francesa ULN (*Union Laitière Normande*) e a *French Dairy Farmers Limited* (FDL), uma companhia sujeita à lei inglesa, no qual a ULN entregaria 300 mil litros de leite UHT. No cumprimento do contrato, a ULN envia as duas primeiras remessas de leite em pacotes de um litro, que não são comercializadas, devido à recusa das autoridades administrativas inglesas. Ao abrigo da legislação inglesa, era necessária uma licença de importação e comercialização. Como a FDL não tinha nenhuma dessas duas licenças, termina o contrato com a ULN. A ULN leva o processo ao tribunal de comércio, por incumprimento contratual. As diretivas comunitárias estavam associadas ao tratamento, à qualificação, ao aquecimento e à pasteurização do leite. Noutro âmbito, as diretivas procediam à harmonização do tamanho das embalagens. Entre elas, as directivas 566/76 de 15 Março de 1976, 71/316 de 26 Julho de 1971, 75/106 de 19 Dezembro de 1974, 71/354 de 18 Outubro de 1971.

⁵²⁹ - Idem Par. 5 e 6 «*Essential to define the legal context in which the interpretation requested should be placed.*» e «*Although the national court did not give its reasons for asking the Court to interpret the Community law (...)*».

⁵³⁰ - Ambas as citações em *Pretore di Salò VS Desconhecidos*, Par. 10.

No *Processo-crime contra Kolpinghuis Nijmegen BV* ⁵³¹, das quatro questões colocadas ao TJUE interessa-nos apenas a terceira questão, a de saber se o juiz nacional pode ter em conta uma «directiva enquanto elemento de interpretação de uma norma do seu direito nacional». ⁵³²

Em resposta a esta questão, o TJUE, lembrou o do princípio da Interpretação Conforme o Direito Comunitário, mas colocou-lhe três exceções: a interpretação das diretivas comunitárias deve respeitar os princípios gerais de direito, o princípio da segurança jurídica e o princípio da não retroatividade. ⁵³³

Segunda Exceção - “Interpretação contra legem”

Quando o juiz nacional, na sua interpretação conforme o direito comunitário de uma norma comunitária chegar à conclusão que ela é contrária à legislação nacional existente, terá de modificar a sua interpretação da norma comunitária e a mesma terá de em parte retroceder «*Por outras palavras, o princípio da interpretação conforme não pode servir de fundamento a uma interpretação contra legem do direito nacional*». ⁵³⁴ Porém, este princípio obriga o tribunal nacional, perante uma situação clara de contra legem do direito comunitário, a escolher uma interpretação que não prejudique ou conduza a um resultado oposto ao almejado pelo direito comunitário ⁵³⁵.

Terceira Exceção - “caso agrave a responsabilidade penal”

Foi em *Pretore di Salò VS Desconhecidos* ⁵³⁶ que o tribunal expôs o entendimento que uma diretiva não transposta, não podia resultar num agravamento de responsabilidade penal, nem criar em

⁵³¹ - Processo-crime contra Kolpinghuis Nijmegen BV, Processo 80/1986. Decisão e sumário nos seguintes links http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:09d07fa8-c68a-4212-9930-92b97193c86a.0009.06/DOC_1&format=PDF, http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:09d07fa8-c68a-4212-9930-92b97193c86a.0009.06/DOC_2&format=PDF, sumário aqui <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1447523854298&uri=CELEX:61986CJ0080>. Ver sumário, relatório para audiência e acórdão § 1 a 3. Caso que envolvia a Kolpinghuis Nijmegen, empresa que conservava uma quantidade de água mineral, pronta a ser consumida e comercializada que não correspondia às exigências da nova diretiva comunitária. A diretiva comunitária 80/777 de Julho de 1980 visava a aproximação das legislações europeias, quanto à exploração e à comercialização de águas minerais naturais. A nova diretiva foi comunicada aos Estados membros a 17 de Julho de 1980, com a obrigação de ser transposta, até junho de 1984 e entrava em vigor, em Julho de 1984. Porém, só em Agosto de 1985 a mesma entrou em vigor na Holanda.

⁵³² - Idem, Par. 11.

⁵³³ - Idem, vide em especial o §13.

⁵³⁴ - Procedimento criminal contra Maria Pupino C-105/2003 Par. 47.

⁵³⁵ - Idem, Ibidem.

⁵³⁶ - Pretore di Salò VS Persons unknown Processo 14/1986. Decisão e Sumário nos seguintes links http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:af35eb0a-7a30-4483-bd55-3ab2f9a4b224.0009.02/DOC_1&format=PDF, http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:af35eb0a-7a30-4483-bd55-3ab2f9a4b224.0009.02/DOC_2&format=PDF, sumário em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1447523355327&uri=CELEX:61986CJ0014>. Ver sumário, relatório para audiência e acórdão §1 a 3. Processo crime contra desconhecidos, devido às derivações das águas do rio Chiese, que causavam a morte dos peixes. Condutas estas, punidas pelo Código Penal italiano. A diretiva comunitária 78/659/CEE de 18 de Julho de 1978 regulava a qualidade das águas doces, de forma a tornar a qualidade da água apta para a vida dos peixes. Perante a grande incerteza do tribunal italiano, em saber se existia legislação nacional transposta da diretiva comunitária ou se a que existia era adequada à questão, efetuou perguntas ao TJUE.

função da ausência de transposição da diretiva comunitária «*obrigações para os particulares, nem em relação a outros particulares nem, por maioria de razão, em relação ao próprio Estado.*»⁵³⁷ Como tal, quem infringisse as disposições de uma diretiva comunitária não transposta não podia ter a sua responsabilidade penal determinada ou agravada.⁵³⁸

Breve Introdução sobre os Desafios Atuais

O esboroar das fronteiras internas da União Europeia, a existência de uma criminalidade transnacional, a ciber-criminalidade, o terrorismo, a utilização do espaço europeu por um cada vez maior número de cidadãos, o aumento das trocas comerciais entre nações e empresas fazem despoletar também, um maior número de litígios no espaço comunitário.

Para responder a estes e a outros desafios atuais e perante a inexistência de tribunais e polícias federais é necessário criar uma maior cumplicidade entre os órgãos judiciais e policiais europeus, já existentes.

A criação do Eurojust, a possibilidade de criação de uma procuradoria europeia, a rede judiciária europeia e a harmonização entre legislações nacionais, são medidas que têm sido decididas tendo como objetivo uma maior cumplicidade e coordenação entre organismos e instituições judiciárias europeias, estando a conduzir a uma maior integração do poder judicial europeu.⁵³⁹

Existem para nós dois institutos que se revelam de uma especial importância neste processo de coordenação/integração: o mandado de detenção europeu, (que não abordaremos) e o Princípio do Reconhecimento Mútuo das Decisões Judiciais.

Do Princípio do Reconhecimento Mútuo das Decisões⁵⁴⁰

⁵³⁷ - Idem, Par 18, 19.

⁵³⁸ - Idem § 19 e em especial 20.

⁵³⁹ - Muitas destas medidas indicadas no Conselho de Tampere 15 e 16 de outubro de 1999. Vide ponto 40 e ss das conclusões da Presidência.

⁵⁴⁰ - O princípio abrange não só as decisões judiciais, mas também os despachos judiciais, conforme ponto 36 do Conselho de Tampere. Sobre o princípio em questão vide Abel Laureano, «Dois Institutos da "Cooperação Judiciária em Matéria Penal" na União Europeia: Reconhecimento Mútuo de Decisões Penais e Harmonização de Legislações Penais», *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*, Vol 7, nº 7, Unibrazil, Jan /Jun de 2010, pág 283 a 308. Vide ainda Joana Covelo de Abreu, «A tutela jurisdicional efetiva no âmbito da cooperação judiciária em matéria civil e a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia: a cláusula de ordem pública e a revelia absoluta como causas de recusa de reconhecimento e de execução de decisões no contexto da União», *UNIO, EU Law Jornal*, Edição Inaugural, Número 0, Julho de 2014, pág 148 a 162. Ver Luís Barreto Xavier, «O Título Executivo Europeu e o Princípio do Reconhecimento Mútuo», *Revista Europa Novas Fronteiras Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça*, Nº 16/17, Jul. 2004 /Jun. 2005, pág 145 a 152. Cfr António Vitorino, «O Espaço Europeu de Liberdade, Segurança e Justiça», *Janus*, OBSERVARE — Observatório de Relações Exteriores 2004,. Vide por último Luís de Lima Pinheiro, ««O Reconhecimento de Decisões Estrangeiras em Matéria Matrimonial e de Responsabilidade Paternal»», *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 66, Edição

Este instituto surgiu por iniciativa política do Conselho Europeu de Tampere de 1999.⁵⁴¹

O Reconhecimento Mútuo das Decisões Judiciais (civis) é uma ideia chave que tem por base a igualdade institucional dos tribunais dos estados membros. É um processo mútuo, porque está arreigado num princípio de confiança e reciprocidade entre estados.⁵⁴²

Mas, mais do que isso, não há uma revisão do mérito da causa.⁵⁴³ Há no reconhecimento mútuo das decisões judiciais uma aceitação incondicional e automática das sentenças proferidas por tribunais comunitários⁵⁴⁴ através da declaração de executoriedade⁵⁴⁵ sem que seja necessário a envolvimento de procedimentos burocráticos ou administrativos extraordinários.

Nos processos criminais o princípio apresenta especificidades muito próprias, em função da natureza da decisão que, dada a excepcionalidade dos respetivos regimes não tem interesse abordar aqui.⁵⁴⁶

Do Duplo Controlo⁵⁴⁷

da Ordem dos Advogados, Setembro de 2006, pág 517 à 546. **Existem vários regulamentos comunitários sobre esta temática, consoante as áreas do direito.** Por exemplo quanto à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e Comercial os Regulamentos 44/2001 e o 1215/2012. Quanto à matéria Matrimonial e Responsabilidade parental o regulamento 2201/2003 . Entre outros, **Limitamo-nos então, a abordar o princípio de forma geral com os elementos que são comuns a todas elas.**

⁵⁴¹ - Conselho de Tampere 15 e 16 de outubro de 1999 http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_pt.htm . Apelidada como a “quinta liberdade comunitária” por permitir a livre circulação de decisões judiciais, entendimento de Abel Laureano, «Dois Institutos da "Cooperação Judiciária em Matéria Penal" na União Europeia: Reconhecimento Mútuo de Decisões Penais e Harmonização de Legislações Penais», Ob. Cit. pág 288. Entendimento já confirmado judicialmente «(...) pretende alcançar o objectivo da livre circulação das decisões dos Estados-Membros(...)» ASML Netherlands BV Vs Semiconductor Industry Services GmbH (SEMIS) Processo C- 283/2005. § 23.

⁵⁴² - «Esta confiança implica que as decisões judiciais proferidas num Estado-Membro sejam não apenas reconhecidas de pleno direito noutro Estado-Membro mas também que o procedimento para tornar executórias essas decisões neste último seja eficaz e rápido» Prism Investments BV v Jaap Anne van der Meer, Processo C-139/10. § 27. O paralelismo é notório nos considerando prévios 16 e 17 do Regulamento 44/2001, com o considerando prévio 26 do Regulamento 1215/2012, com o considerando prévio 23 do regulamento 2201/2003.

⁵⁴³ - «Consequentemente, neste procedimento, não podem efectuar nenhuma análise dos elementos de facto e de direito do processo que foi objecto da decisão cuja execução é requerida. »Prism Investments BV v Jaap Anne van der Meer § 30 . Vide ainda o mesmo argumento em Trade Agency Ltd VS Seramico Investments Ltd Processo C- 619/2010 § 29. Ver novamente a interessante simetria de ideia entre o artº 45 nº 2 do Regulamento 44/2001 , com o artº 52 do regulamento 1215/2012, com o artº 31 nº 3 do Regulamento 2201/2003.

⁵⁴⁴ - Já se diz abertamente, pelo menos em Portugal, que as sentenças comunitárias não são “sentenças estrangeiras”. Vide Tribunal da Relação de Évora no Processo 105/11.2YREVR.E1, relator João Gomes de Sousa. Sobre o princípio aplicado em Portugal, vide ainda o processo da Relação de Évora 68/15.5YREVR. No Supremo Português os casos 71/12.7YRPRT.S1 (Onde enfatizamos o processo de reconhecimento automático) e o 136/11.2TBCUB.E1(Onde salientamos a liberdade de circulação de decisões judiciais). Em todos eles já são aplicadas as ideias chave do princípio.

⁵⁴⁵ - «A atribuição de força executiva depende, em regra, de um processo prévio. É necessária uma declaração de executoriedade.» em Luís De Lima Pinheiro, «O Reconhecimento de Decisões Estrangeiras em Matéria Matrimonial e de Responsabilidade Paternal» de ob. Cit pág 528.

⁵⁴⁶ - Relativamente ao Mandado de Detenção Europeu rege a decisão quadro do Conselho de 13 de junho de 2002(2002/584/JAI) e a lei 65/2003 de 23 de Agosto. Quanto à receção de sentenças comunitárias para transferência de detidos e cumprimento de penas rege a lei 158/2015 de 17 de Setembro e as decisões quadro 2008/909/JAI, decisão quadro 2008/947/JAI, decisão quadro 2009/829/JAI todas do Conselho.

O Princípio do Reconhecimento Mútuo das Decisões Judiciais estabeleceu um sistema próprio, de dupla fiscalização.

Numa primeira fase, no estado de origem, o requerido tem os mecanismos próprios e específicos de defesa dessa nação. Este é o primeiro controlo, no estado de origem.⁵⁴⁸

Vamos supor que, por uma qualquer razão juridicamente relevante, o requerido não pôde defender-se ou acionar os seus mecanismos de defesa, sendo julgado por isso à revelia.

Nesse caso, perante um processo de execução e reconhecimento solicitado ao estado requerido, que terá de ser aceite pelo juiz, o requerido poderá recorrer desse despacho que atribui força executiva à decisão. O tribunal que decidir sobre este recurso, poderá ter de examinar o motivo de recusa do reconhecimento. Dessa forma, o contraditório é assegurado nesta fase de recurso, sendo este segundo controlo executado, no estado requerido⁵⁴⁹. Falaremos agora destes motivos/fundamentos de recusa do reconhecimento.

Da Exceção ao Princípio e dos Fundamentos de Não- Reconhecimento

Existem fundamentos de não-reconhecimento. Em regra eles são sempre os mesmos quatro.⁵⁵⁰

De forma resumida os quatro fundamentos independentes e não cumulativos são: primeiro, o reconhecimento é contrário à ordem pública; segundo, não ter a parte revel sido citada ou notificada em tempo útil de forma a apresentar a sua defesa; terceiro, o reconhecimento é inconciliável com outra decisão proferida num processo entre as mesmas partes no Estado-Membro requerido; quarto, o reconhecimento for inconciliável com uma decisão proferida anteriormente noutro Estado-Membro ou num país terceiro entre as mesmas partes.

Podem porém, existir outros fundamentos específicos, de cada área do direito envolvido.

O caso *Prism Investments BV Vs Jaap Anne van der Meer*⁵⁵¹ chega ao TJUE através de reenvio prejudicial com a questão de saber se a declaração de executoriedade pode ser revogada ou recusada

⁵⁴⁷ - Controlo desenvolvido em *ASML Netherlands BV Vs Semiconductor Industry Services GmbH (SEMIS)* § 29 a 31 e depois confirmada por *Trade Agency Ltd VS Seramico Investments Ltd* § 22, 32 e 44.

⁵⁴⁸ - *Idem*, § 30.

⁵⁴⁹ - Em *ASML Netherlands BV Vs Semiconductor Industry Services GmbH (SEMIS)*. § 31.

⁵⁵⁰ - Vide a gritante simetria entre o artº 22 do Regulamento 2201/2003, com o artº 34 do Regulamento 44/2001, com o artº 45 do Regulamento 1215/2012.

⁵⁵¹ - *Prism Investments BV Vs Jaap Anne van der Meer*, Processo C-139/10. Decisão no link <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62010CJ0139&qid=1449063903934&from=EN> e <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62010CA0139&qid=1449063903934&from=EN> sumário em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1449063903934&uri=CELEX:62010CJ0139> . Um tribunal Belga condena a empresa Arilco (Sede) a pagar ao banco finlandês LSP o montante em dívida de 11 milhões e meio de euros. A Arilco Holanda (filial) consegue, interpor um recurso subordinado, no mesmo processo, em que a empresa Prism

com um fundamento diferente do que aqueles quatro que já enumerámos anteriormente. A saber, neste caso, os artº 34 e 35 do Regulamento 44/2001.

Foi entendimento do TJUE que a lista dos quatro fundamentos têm caratér exaustivo e foram interpretados restritivamente.⁵⁵² O crédito em causa é alegadamente controvertido. Não é pois uma questão que possa ser resolvida de forma simples e rápida e pode exigir um processo de clarificação moroso, situação em si incompatível com os objetivos do regulamento.⁵⁵³

Da Ordem Pública

A ordem pública é outro dos fundamentos de recusa de reconhecimento das decisões judiciais. Em *Trade Agency Ltd VS Seramico Investments Ltd* a segunda das questões enviadas ao TJUE consistia em saber se uma decisão do estado de origem, que supostamente violava a ordem pública do estado requerido, podia ver recusada a sua aplicação.⁵⁵⁴

O tribunal referiu que não era competente para definir o conteúdo do conceito de ordem pública, pelo que cada país era livre para o delimitar. Porém o tribunal tinha os poderes de controlar os limites dentro dos quais o tribunal recorrido poderia usar esse conceito para não reconhecer uma decisão.⁵⁵⁵

Mas, mais do que isso, para o tribunal o recurso a tal conceito para se recusar a reconhecer a decisão judicial só será admitido caso viole, de forma manifesta e inaceitável, a ordem jurídica do Estado de execução. Mas essa violação terá de ser uma violação de um direito ou princípio visto como fundamental.⁵⁵⁶

Da Citação e da Notificação

Investments é condenada a pagar mais de um milhão de euros à Arilco Holanda. Dinheiro esse proveniente do bolo total dos onze milhões. Porém, a Arilco Holanda é declarada insolvente antes de receber o montante em dívida. J. A Van der Meer é nomeado administrador de insolvência. O administrador de insolvência avança com um processo de reconhecimento e execução da decisão judicial belga, num tribunal holandês. O pedido é aceite. A empresa Prism Investments, avança com um recurso de anulação do despacho de executoriedade, com o fundamento que a decisão do tribunal belga já tinha sido executada, por via de uma compensação. Nas duas posteriores decisões, o tribunal de primeira instância e o de recurso recusam a posição da Prism Investments.

⁵⁵² - Prism Investments BV v Jaap Anne van der Meer § 33 e 43.

⁵⁵³ - Idem § 35.

⁵⁵⁴ - Trade Agency Ltd VS Seramico Investments Ltd Processo C- 619/2010 §20 e 25. Decisão no link <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62010CA0619&qid=1448466747747&from=PT> e ainda <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62010CJ0619&qid=1448466747747&from=PT>

⁵⁵⁵ - Idem, §47 e 49.

⁵⁵⁶ - Trade Agency Ltd VS Seramico Investments Ltd § 51 «Assim, o recurso à cláusula de ordem pública, (...) só é concebível quando o reconhecimento ou a execução da decisão proferida noutro Estado-Membro violem de forma inaceitável a ordem jurídica do Estado-Membro requerido, por infringirem um princípio fundamental.»

A citação e a notificação é outro dos fundamentos de não-reconhecimento. Salientamos *ASML Netherlands BV Vs Semiconductor Industry Services GmbH (SEMIS)*.⁵⁵⁷ A pergunta feita ao TJUE visava saber se uma parte que não tenha sido corretamente e regularmente notificada da audiência e da sentença e em virtude desse facto, julgada à revelia e não tendo interposto recurso no estado de origem, pode considerar-se notificada, caso tenha tomado conhecimento da causa numa fase mais avançada, nomeadamente já no processo de execução do estado requerido.⁵⁵⁸

O TJUE entendeu que não se deve operar o reconhecimento caso a parte requerida não tenha tomado conhecimento do ato que deu origem a todo o processo, se não teve tempo útil para apresentar defesa, ou se não foram feitas as diligências adequadas para o informar.⁵⁵⁹

Não basta o mero conhecimento de que existe uma decisão uma vez que o requerido não conhece os termos nem os fundamentos da mesma para que possa contestá-los. Dessa forma, só sendo notificado da decisão poderá o requerido ter a possibilidade de dela recorrer. O objetivo é que o requerido se defenda no processo principal e não na decisão de execução do estado requerido. Logo, é imperativo proceder à notificação da sentença. Ao mesmo tempo, é importante que as notificações sejam feitas em tempo útil para que possibilitem ao requerido defender-se⁵⁶⁰.

Conclusão do Princípio

Com este instituto veêm-se as decisões judiciais de tribunais de outros países como decisões legítimas e de igual força jurídica às decisões dos tribunais nacionais.⁵⁶¹

Os estados membros possuem diferentes sistemas judiciais, com inspirações jurídicas diferenciadas. Contudo todos os estados membros partilham algo que os une, o respeito pelo direito comunitário, pela lei, a tradição dos direitos humanos e a adoção do estado democrático.⁵⁶²

⁵⁵⁷ - *ASML Netherlands BV Vs Semiconductor Industry Services GmbH (SEMIS)* Processo C- 283/2005. Decisão no link <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62005CJ0283&qid=1448465710211&from=PT>, sumário em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1448465710211&uri=CELEX:62005CJ0283> . Sobre os factos vide § 2, 8, 9 e 33. Está em causa um litígio entre a empresa ASML (holandesa) e a austríaca SEMIS. O tribunal holandês condena, à revelia, a empresa SEMIS, a pagar um montante superior a 200 mil euros. A empresa não foi atempadamente notificada da audiência de julgamento, nem notificada da sentença. É requerido, ao tribunal austríaco, a força executiva da decisão holandesa, que a atribui. A empresa SEMIS, recorre do despacho, argumentando que não tinha sido notificada em tempo útil das decisões do tribunal holandês. Em todo o desenrolar do processo, nunca a empresa recebeu uma cópia da decisão do tribunal holandês, vindo só, de forma indireta e incompleta a tomar conhecimento da decisão, posteriormente, já em fase de execução da sentença, no estado requerido.

⁵⁵⁸ - *Idem*, § 14 e 15.

⁵⁵⁹ - *Idem*, § 30.

⁵⁶⁰ - *Idem*, § 34, 35, 36, 40, 48 e 49.

⁵⁶¹ - «*Este procedimento permite assim que uma decisão proferida num Estado-Membro diferente do requerido produza neste último os efeitos próprios de um título nacional com força executória.*» *Prism Investments BV v Jaap Anne van der Meer* §31.

É fundamental salientar que este instituto aborda assuntos que vão ter impacto direto na vida quotidiana das nações. São áreas sensíveis e íntimas do direito e nas quais os países são sempre mais reticentes em ceder o poder, precisamente porque têm o condão de influenciar condutas, o comportamento dos cidadãos.

Este instituto conta com inúmeros benefícios, entre eles aproxima os tribunais europeus uma vez que os obriga a “*dialogar*” entre si, ao mesmo tempo que cria hábitos e tradições judiciais próprias. Torna-os mutuamente iguais e legítimos representantes do respetivo poder judicial nacional. Simplifica o processo de reconhecimento de sentenças, elimina internamente as barreiras burocráticas e torna todo o processo mais ágil.⁵⁶² Fortalece a posição do poder judicial como único ator deste processo. Este instituto torna-se a “*pedra angular*”⁵⁶⁴ da cooperação judiciária da União Europeia, sendo o primeiro passo para a existência de um espaço judiciário comum com uma clara vertente federal.

⁵⁶² -Vide Abel Laureano, «Dois Institutos da "Cooperação Judiciária em Matéria Penal" na União Europeia: Reconhecimento Mútuo de Decisões Penais e Harmonização de Legislações Penais» Ob. Cit pág 290 nota 18, 21 e 22.

⁵⁶³ - «Assim como, estando o processo totalmente juridicizado e judicializado, seria desnecessária a intervenção do poder executivo.» Processo 105/11.2YREVR.E1 da Relação de Évora.

⁵⁶⁴ - Conselho de Tampere de 15 e 16 de outubro de 1999. Expressão presente no ponto 33 das conclusões da Presidência.

CAPÍTULO XXII - RESUMO DO SISTEMA JUDICIAL EUROPEU

Em nosso entender o sistema judicial europeu possui características muito próprias das quais é necessário salientar algumas ideias. Deixamos em seguida um resumo dos principais pontos deste sistema, onde é latente a forma de construção do edifício europeu de cima para baixo onde o poder judicial foi menosprezado.

- Inexistência de uma estrutura federal de tribunais. Existência apenas de uma jurisdição, a nacional que aplica o direito comunitário. Não há portanto uma hierarquia judicial federal, que aplica o direito comunitário como direito federal;
- Apesar dos traços federalistas que sobressaiem, o sistema judicial europeu na UE ainda é um Confederalismo Judicial Monista;
- Existência de um Federalismo Jurídico, com primazia do direito comunitário sobre o direito nacional;
- O poder judicial ainda não funciona como o poder supremo e de controlo da atuação de todos os outros poderes e de toda a sociedade.
- Direito Comunitário como direito federal em estado embrionário;
- Adoção do sistema adversarial, restringido apenas aos casos que chegam ao TJUE;
- TJUE com uma atitude criativa quanto ao direito comunitário;
- O laço entre os tribunais nacionais e a ordem jurídica comunitária é ténue e frágil devido à inexistência de uma estrutura federal. A ligação com o direito comunitário é assegurada através de diversos princípios chave, que têm concretização jurisprudencial;
- Dúvidas quanto à interpretação do Direito Comunitário são enviadas ao TJUE através do reenvio prejudicial;
- Reenvio prejudicial dependente da vontade do juiz;
- Existe já uma estrutura judicial estadual diferenciada e com diferentes tradições jurídicas e diversas hierarquias judiciais, que tornam a experiência judicial complexa e peculiar;
- O sistema implementado é de cooperação entre os tribunais estaduais e o TJUE;
- Cidadãos não podem recorrer de forma direta ao TJUE, mas apenas às jurisdições nacionais;

CAPÍTULO XXIII - COMO FORTALECER O FEDERALISMO JUDICIAL EUROPEU, ALGUMAS SOLUÇÕES PARA O FUTURO

Entendemos ser necessário, passar do sistema de federalismo jurídico europeu, para um sistema de federalismo judicial europeu. Como referimos anteriormente recorrendo ao método conservador apresentado e tendo analisado o federalismo judicial americano ao longo destes capítulos, temos um excelente meio de inspiração para fortalecer o Federalismo Judicial Europeu. Como tal, iremos seguir alguns dos ensinamentos mais importantes do mesmo.

- O Problema do Sistema Atual

Os vários princípios do direito comunitário que têm concretização jurisprudencial baseiam-se num dogma que já apresentámos e que não tem sido questionado. A ideia, não declarada, de que a construção do sistema judicial europeu se fará unicamente pelos tribunais nacionais. Com esta situação atual o que se pretende na Europa é a construção monista de uma estrutura judicial, o Confederalismo Judicial Monista, em que os tribunais estaduais funcionam duplamente como tribunais estaduais e tribunais de direito comunitário. O Confederalismo Judicial Monista será então a existência de múltiplos estados com respectivas jurisdições judiciais que aplicam a sua legislação interna e assimilam a legislação europeia como “sua”.

Tudo isto é notoriamente problemático. Como se pode atribuir aos tribunais estaduais uma visão e dimensão comunitária que eles não possuem ? Sabemos que este não é o caminho mais correto, e a experiência americana demonstrou a importância da existência de tribunais federais, numa estrutura **dualista** (estadual e federal). Tribunais esses que tenham competência para se encarregarem de forma independente e especializada destas matérias e cuja função seja a interpretação do direito comunitário e o interesse máximo da salvaguardar a União.

Já em 1992 o secretário do Tribunal da Primeira Instância das Comunidades Europeias salientava a necessidade de a Comunidade desenvolver «*uma verdadeira organização jurisdicional*».

565

- O Problema dos Juízes Nacionais

Esta versão monista atual pretende atribuir ao juiz nacional a função de controlo e de defesa da unidade e coerência do direito da união. Em vez de se criarem juízes europeus, encarregues de decidir

⁵⁶⁵ - Hans Jung, «*A Organização Jurisdicional Comunitária Ante o Futuro*» Ob. Cit. pág 47.

do direito comunitário, está a dar-se dimensão comunitária ao juiz nacional. Desta forma evita-se a criação de uma estrutura judicial paralela, comunitária, ao mesmo tempo que se cria um super juiz nacional/europeu, ou o «*juiz da União Europeia*».⁵⁶⁶

Para além desta enunciada problemática emergem outras. É preferível ter muitos juízes a alguns super juízes, a justiça ficará melhor servida. Do ponto de vista material a falta de conhecimento do direito comunitário pelos juízes nacionais é notória. Para agravar a situação o direito comunitário expande-se de forma agressiva a novas áreas da sociedade, inviabilizando um conhecimento global de todos os regulamentos, mesmo para super juízes.⁵⁶⁷ Outros fatores, como a falta de desejo dos juízes em aplicar o direito comunitário, a falta de tempo dos juízes para o conhecer devido ao grande volume processual a nível estadual e o elevado número de leis nacionais que os juízes têm que conhecer. Tudo isto contribui para que o direito comunitário seja renegado, normalmente desvalorizado por ter um alcance restrito e conduzido ao esquecimento.⁵⁶⁸

Simplesmente os juízes nacionais estão demasiado ocupados com o direito nacional. Não será desta forma que se criará a “*Europa da Justiça*” quando os próprios juizes não conseguem cumprir a visão e as intenções deste projecto monista.

- O Problema da Inexistência dos Tribunais Federais e a Necessidade da sua Criação

Face aos problemas apresentados e perante a inevitabilidade de surgirem conflitos entre os estados é necessário uma entidade para resolver esses problemas. Só um árbitro em posição isenta e imparcial poderia decidir dessas controvérsias e esse árbitro terá de ser um tribunal europeu federal. É fundamental a criação de tribunais federais da União. Os tribunais federais europeus, ou tribunais comunitários europeus, para os mais sensíveis, estariam encarregues dos casos de direito comunitário, e seriam compostos por juízes europeus.

Como referiu Tocqueville, são as leis federais que mais precisam dos tribunais federais, logo são as leis comunitárias que mais precisam de tribunais comunitários. Atualmente, os tribunais nacionais não podem afastar uma norma nacional contrária ao direito comunitário, as normas nacionais contrárias ao direito da união não são invalidadas, mas meramente inaplicadas.⁵⁶⁹ O direito

⁵⁶⁶ - Em pág 328 de Maria Luisa Duarte, *Direito Internacional Público, E Ordem Jurídica Global do Século XXI*, 1ª Edição, Coimbra Editora. Setembro de 2014.

⁵⁶⁷ - Nossas ideias confirmadas por João Mota de Campos e João Luis Mota de Campos e António Pinto Pereira, *Manual de Direito Europeu*, ob. Cit. pág 421. Os autores salientam que o Direito comunitário é «*novo, complexo*» e que não houve oportunidade de o estudar.

⁵⁶⁸ - Vide José Cunha Rodrigues *Justiça Nacional, Justiça Europeia*, ob. Cit. pág 22, 23, 40 e 48.

⁵⁶⁹ - «*Cabe ao tribunal nacional dar à lei interna, em toda a medida em que uma margem de apreciação lhe seja concedida pelo respectivo direito interno, uma interpretação e uma aplicação em conformidade com as exigências do*

comunitário não tem uma autoridade inabalável. Com os tribunais comunitários seriam eles a derrubar a lei estadual, contrário ao direito comunitário. Numa União Europeia que aspiramos federal, para a segurança, a liberdade, e adicionarei a justiça, é fundamental que o poder judicial da união esteja separado do poder judicial estadual. A jurisdição comunitária precisa de um local próprio para demonstrar a sua autoridade.⁵⁷⁰

O passo seguinte, lógico e natural, passa pela criação dos tribunais de 1ª e 2ª instância comunitários, exatamente como demonstramos que aconteceu nos EUA⁵⁷¹.

Seria aqui que os estados europeus se iriam degladiar, nos tribunais comunitários europeus. Porém, isso levanta um obstáculo. Não existem tribunais federais na União Europeia, uma vez que a sua estrutura não se encontra montada. Antes de mais seria necessário criar uma existência física de tribunais de 1ª e 2ª instância no espaço físico da União.

Na 1ª instância o número de tribunais comunitários existiria em cada estado membro, e consoante as necessidades e volume processual de cada país. Num país como Malta, certamente, não seria necessária a criação de cinco ou seis tribunais de 1ª instância, possivelmente bastaria um, e perante um recurso, os casos subiriam à 2ª instância.

Na 2ª instância, teríamos grosso modo duas soluções. Na primeira solução a clonagem da hipótese americana dos “*Circuits*”, onde se juntariam dois ou mais estados numa única jurisdição de 2º nível.

Quatro exemplos, meramente ilustrativos, recorrendo a quatro critérios distintos.

O critério linguístico, onde um circuito seria constituído por nações com línguas semelhantes; por exemplo: o 1º Circuito comunitário composto por Portugal e Espanha.

O critério geográfico, em que o circuito seria composto por nações geograficamente próximas; por exemplo: o 2º Circuito comunitário integrando França e Bélgica.

O critério jurídico, onde o circuito seria completado por nações que partilham a mesma família jurídica como, por exemplo, a Alemanha e a Áustria, ou os países escandinavos.

O critério da dimensão, onde um país de pequena dimensão seria junto a outro maior; exemplo disso seria: Malta com Itália, ou Reino Unido.

direito comunitário e, na medida em que tal interpretação não seja possível, deixar inaplicada qualquer disposição de direito interno de sentido contrário.» Mary Murphy e outras VS An Bord Telecom Eireann, Processo 157/1986 Par.11.

⁵⁷⁰ - Cfr Alexis de Tocqueville, Da Democracia na América, ob. Cit.pág 180. Vide também Alexander Hamilton, O Federalista nº 16 ob. Cit pag 119.

⁵⁷¹ - « *É sua intenção dar ao governo nacional a capacidade de instituir ou autorizar, em cada Estado ou distrito dos Estados Unidos, um tribunal competente para a decisão de assuntos de jurisdição nacional dentro dos limites desse Estado ou distrito.»* Alexander Hamilton, O Federalista nº 81 ob. Cit pag 496.

A segunda solução seria criar um tribunal de segunda instância por cada país da União Europeia. Logo vinte e oito tribunais federais de recurso. Esta segunda hipótese apesar de apaziguar os “*nacionalismos*” europeus revela-se excessiva pelo número de tribunais de apelação.

Ambas as hipóteses se revelam plausíveis e a nomenclatura utilizada poderia ser outra. Daqui, o recurso seguiria para o TJUE. Desta forma seria criada e construída uma pirâmide federal, com o TJUE como tribunal supremo, no topo do vértice.

- O Problema no Vértice Superior da Pirâmide dos Tribunais Estaduais

É preciso salientar uma ideia. Para fortalecer o federalismo judicial europeu não é necessário mexer nos tribunais estaduais. O sistema já se encontra montado, está a funcionar e cada estado membro construiu para satisfazer as suas necessidades próprias. A juntar a isto, após a instauração do princípio do reconhecimento mútuo de decisões judiciais, criou-se uma igualdade factual entre os tribunais estaduais dos estados membros da União Europeia.

Porém, se formos juntar este sistema estadual ao federal e ao TJUE, um novo obstáculo aparece. Se pegarmos no exemplo português será mais fácil expor. Em Portugal três tribunais funcionam como entidades finais de decisão judicial: o Tribunal Constitucional, o Supremo Tribunal Administrativo e o Supremo Tribunal de Justiça. Perante uma ordem federal a ser construída, qual deles atuaria como o Supremo Estadual Português? Em que o recurso seria apenas admissível em último caso para o TJUE. Todos? Apenas um? Nenhum?

Se fôssemos admitir que todos poderiam desempenhar esse papel, então estaríamos na prática a desvirtuar o papel de supremo estadual, como último órgão de decisão e estaríamos a permitir que largas dezenas de tribunais por toda a europa pudessem desempenhar essa função, tantas quantas existem tribunais supremos administrativos, constitucionais e judiciais por cada estado. A função do Supremo Tribunal Estadual seria precisamente a de funcionar como último reduto de decisão judicial desse estado e não de ter outros tribunais concorrentes nessa função. Na realidade a funcionar como um funil e de ir limitando progressivamente os casos alvo de recurso. Nenhum? Então recusaríamos a hipótese de um federalismo judicial e de uma hierarquia judicial europeia, com consequências avassaladoras.

Pelo que já expusemos anteriormente cremos que seria perfeitamente natural apenas um Tribunal assumir essa posição, o Supremo Tribunal de Justiça. Contudo, e esta é a beleza do federalismo, caso os estados membros não admitissem que fosse aquele o seu Tribunal Supremo Estadual, seria cada estado a determinar, qual seria o tribunal a assumir o papel de Supremo Estadual, e

caso o estado decidisse por qualquer outro tribunal que não o de justiça, o mesmo estado teria de corrigir a sua hierarquia interna. Esta seria a solução preferencial. Caso a estrutura se mantivesse, teríamos largas dezenas de tribunais superiores em posição de recorrer para o TJUE.

- O Problema da Carga Processual do TJUE

O TJUE é um tribunal afundado em que número de processos não pára de aumentar. Em vez de criar tribunais federais/comunitários de 1ª e 2ª instância para enfrentar este problema, são sempre criados tribunais de topo dentro da instituição que é o TJUE. Logo, para fazer face a esta situação foi criado o Tribunal de Primeira Instância (agora Tribunal Geral) e depois o Tribunal da Função Administrativa. Mesmo assim o TJUE já em 2000 se encontrava sobrecarregado e agora está mesmo afundado em processos⁵⁷² (vide anexo 6).

É necessário alterar o paradigma de criação de mais tribunais de topo quando há mais processos. Criar um novo paradigma em que mais processos resultam em novos tribunais comunitários de base. Se continuarmos com o antigo paradigma, poderemos ter mais tribunais a médio e a longo prazo dentro do TJUE.

Tal como acontece no TJUE, também nos EUA, antes da lei Evarts, o “*Supreme Court*” e os supremos tribunais estaduais decidiam muitas causas irrelevantes e encontravam-se sobrecarregados.⁵⁷³ Dizemos irrelevantes porque muitas vezes as questões que são enviadas ao TJUE, e tivemos a oportunidade de o constatar, são questões repetidas sobre os mesmos assuntos.

Noutra perspectiva a instância nacional fica suspensa durante reenvio prejudicial e como o TJUE demora 15 meses a apreciar os reenvios, 20 meses as ações e 14,5 meses os recursos diretos, quando em 1975 o tribunal demorava 6 meses.⁵⁷⁴

Tudo isto conduz a duas situações. Primeira, os juizes nacionais podem deixar de enviar questões, porque sabem que o TJUE demora muito tempo a apreciar. Ou então mesmo enviando, os processos nacionais vão-se atrasar consideravelmente e o TJUE afundar-se-á em ainda mais processos.

⁵⁷² - Ver Klaus- Dieter Borchardt, *O ABC do Direito Comunitário*, ob. Cit. pág 52. Vide ainda Jónatas E. M. Machado, *Direito da União Europeia*, ob. Cit. pág 526 « (...) os litígios envolvendo a sua interpretação e aplicação têm vindo a aumentar exponencialmente.» Vide por último José Caramelo Gomes, *Lições de Direito da União Europeia*, ob. Cit. pág 167 «(...) o elevado número de processos pendentes no TJCE tem determinado, senão uma quase paralisia (...).»

⁵⁷³ - Ver *The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States*, Ob. Cit. pág 235. Vide Daniel John Meador, *American Courts*, Ob. Cit. pág 14. Por último Departamento de Estado dos Estados Unidos da América, *Perfil do Sistema Judiciário dos EUA*, Ob. Cit. pág 33.

⁵⁷⁴ - Fonte o próprio TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA, RELATÓRIO ANUAL 2014. Síntese das atividades do Tribunal de Justiça, do Tribunal Geral e do Tribunal da Função Pública da União Europeia, Luxemburgo 2015 pág 9 do relatório em http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7032/ . Se formos especificar cada um dos tribunais do TJUE, a situação do Tribunal Geral é ainda mais grave, a duração média da instância é de mais de dois anos, pág 131 do relatório. Ver ainda Hans Jung, «*A Organização Jurisdicional Comunitária Ante o Futuro*» Ob. Cit. pág 45.

Em ambos os casos quem sai prejudicado, para além das partes nos processos, é o direito comunitário e o prestígio do TJUE.

Para agravar ainda a situação do TJUE cada vez mais o Parlamento Europeu produz mais legislação e como tal acrescerá uma maior litigância. Os alargamentos da UE em 2004, 2007 e 2014 só se podem traduzir em mais tribunais estaduais a enviarem questões prejudiciais ao TJUE.

O TJUE precisa, como aconteceu nos EUA com o “*Supreme Court*”, de controlar e escolher o seu volume de trabalho adotando a revisão judicial discricionária. Transferindo para tribunais comunitários inferiores, o grande volume da sua carga. A título meramente indicativo, nos EUA o “*Supreme Court*” recebeu em 2002 mais de 8 mil pedidos de apreciação aceitando apenas... 84 casos.

575

- O Problema da Acessibilidade do TJUE

Existe um paralelismo impressionante entre o início e o percurso do TJUE e do “*Supreme Court*”. Podemos até incluir os Supremos Tribunais Estaduais Americanos. Em ambos os casos foi criado primeiro o tribunal superior, antes de existir qualquer estrutura de base. Nos dois o percurso inicial dos tribunais foi de afirmação e de decisões memoráveis.⁵⁷⁶

Sabemos que actualmente, através do reenvio prejudicial, o TJUE recebe pedidos de esclarecimento. O TJUE é um tribunal demasiado acessível e frágil uma vez que se encontra isolado nas batalhas que enfrenta, sem ter por trás uma estrutura judiciária que reforce a sua atuação, para além de não ter capacidade de «forçar os Estados-membros ao cumprimento das suas obrigações».⁵⁷⁷ Não acreditamos que esta deva ser a posição de um Tribunal da magnitude do TJUE, que necessita de se salvaguardar. Não é digno que um tribunal da sua importância esteja, eternamente, à disposição de um tribunal de 1ª instância para elucidar questões que possam surgir. O TJUE precisa de se resguardar e não dar o corpo a todas as balas.

⁵⁷⁵ - Cfr Oscar Rabasa, *El Derecho AngloAmericano, Estudio Expositivo y Comparado del "Common Law"* ob. Cit. pág 488. Sobre os casos apreciados pelo “*Supreme Court*” vide Departamento de Estado dos Estados Unidos da América, *Perfil do Sistema Judiciário dos EUA*, ob. Cit. pág 43.

⁵⁷⁶ - Hjalte Rasmussen em Edmond Orban, *Federalism and Supreme Courts*, Ob cit, pág 211, faz uma comparação pertinente entre o activismo judicial muito forte no 1º período do Supreme Court americano e o mesmo activismo judicial que ele crê existir no início da existência do TJUE, trata-se em ambos os casos de uma fase de afirmação dos tribunais.

⁵⁷⁷ - Paulo Pitta e Cunha, *Direito Europeu, Instituições e Políticas da União*, ob. Cit. pág 37. Ver Maria Luísa Duarte, *União Europeia, Estática e Dinâmica da Ordem Jurídica Euroucomunitária*, ob. Cit. pág 240, sobre a incapacidade dos TJUE em anular os atos contrários ao direito da União. Vide ainda João Mota de Campos e João Luis Mota de Campos e António Pinto Pereira, *Manual de Direito Europeu*, ob. Cit. pág 184.

O sistema judicial comunitário precisa de ser reformado, substituindo a ideia da cooperação europeia pela ideia de hierarquia dos tribunais comunitários. O TJUE necessita de se tornar parte de uma hierarquia.

Uma vez construída a estrutura federal o TJUE deverá apreciar os casos que assim entender, exercendo o seu livre arbítrio, uniformizando jurisprudência e decidindo sobre as grandes questões da União e não decidindo aquilo que lhe é solicitado. Ao mesmo tempo que permite que todos os tribunais da estrutura federal e estadual tomem uma maior participação observando de longe.

Não podemos esquecer, que com a montagem do sistema federal, o TJUE, ou melhor **Supremo Tribunal de Justiça da União Europeia**, será o último degrau para dezenas de Supremos Tribunais estaduais e outras dezenas de tribunais federais de 2ª instância.

- O Problema da Ausência do “*Judicial Review*”

Em países como Portugal a interpretação da constituição compete sempre ao Tribunal Constitucional. Isto que acontece em Portugal deve suceder em muitos outros países continentais europeus. Sabemos que a “*judicial review*” é uma tradição norte americana e, portanto, estranha ao pensamento e às tradições jurídicas da maioria dos estados europeus. Países com tradições jurídicas de direito civil, como Portugal e a França, por exemplo, por isso seria extremamente difícil que a “*judicial review*” entrasse de rompante nos ordenamentos estaduais dos países europeus e se tornasse mandatória por via comunitária. Esses países, em princípio, não a aceitariam precisamente pelo facto de ser uma tradição estranha ao seu direito nacional. Teríamos de aceitar essa situação não a alterando.

Mas isso não impede que a “*judicial review*” fosse adoptada, como um poder natural dos futuros tribunais federais da União. Seria até muito bem vindo que o TJUE tomasse uma decisão nesse sentido. A “*Judicial Review*” habilitaria a estrutura judicial federal europeia a controlar a constitucionalidade dos tratados até então celebrados, das leis comunitárias e de uma futura constituição europeia e o TJUE poderia ainda controlar a constitucionalidade das constituições nacionais. Nesse sentido permitiria ainda por em cheque leis estaduais e federais violadoras dessas mesmas disposições essenciais.

- O Problema do Reenvio Prejudicial

Sabemos que através do reenvio prejudicial os tribunais de toda a Europa enviam ao TJUE pedidos de apreciação do direito comunitário.

Os próprios juizes têm de querer enviar as questões ao TJUE. E se não quiserem? E se os juízes não quiserem cooperar? O sistema vigente depende imenso da discricionariedade do juiz em causa. Já afirmamos que os juízes não conhecem ou conhecem vagamente o direito comunitário, não dispõem de tempo e estão afundados em leis e processos nacionais. Em Portugal os pedidos de reenvio são...virtualmente inexistentes, o que aparentemente se confirma com dados reais. Entre 1989 e 2014 foram enviados 124 pedidos de reenvio prejudicial por tribunais nacionais portugueses. O que se traduz em quase cinco processos por ano durante 25 anos.⁵⁷⁸

- O Problema da Rebeldia Estadual

Uma das especificidades do reenvio prejudicial é a obrigação de envio de questões prejudiciais pelos tribunais superiores dos estados membros. As decisões incorrectas dos tribunais inferiores podem ser sempre corrigidas, agora uma interpretação errónea de um tribunal superior sobre direito comunitário teria consequências nefastas, daí a obrigação do reenvio. Basta um tribunal superior de um estado membro desenvolver posições contrárias ao TJUE para se sentirem as fragilidades.

Essa situação não é assim tão descabida, tanto que já sucedeu. Precisamente quando o TJUE estava a tomar um caminho de maior afirmação os estados nacionais sublevaram-se contra as iniciativas criadoras do TJUE. As posições dos tribunais constitucionais, alemão e italiano, contrárias às decisões do TJUE são disso um bom exemplo.⁵⁷⁹ Aditem que o TJUE possua o direito de decidir, enquanto por trás se reservam à faculdade de lhe desobedecer.⁵⁸⁰ A rebeldia estadual revela-se assim por duas formas, pelas posições dos tribunais constitucionais e pelo incumprimento de decisões do TJUE.

⁵⁷⁸ - Dados e contas efetuadas a partir da pág 123 e 124 de Relatório Anual de 2014 do TJUE - http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7032/. Ao todo foram enviados 8710 processos desde 1953 até 2014 ao TJUE. A média de reenvios prejudiciais enviados ao longo de 61 anos de existência do TJUE por todos os estados membros, é de 142 processos por ano . Ao longo dos últimos cinco anos o número dos processos de reenvio tem aumentado da casa das duas centenas para a casa das quatro centenas, todos os dados em pág 121 e 122 do Relatório Anual de 2014 do TJUE - http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7032/. Dos dados observados, a Itália e a Alemanha afiguram-se como os estados com mais reenvios prejudiciais. Vide José Cunha Rodrigues *Justiça Nacional, Justiça Europeia*, ob. Cit. pág 23 e 24, onde se afirma que Portugal tem das mais baixas taxas de aplicação do direito comunitário.

⁵⁷⁹ - **Sobre este assunto que não nos interessa aprofundar** , remeto para o exposto em João Paulo Da Cunha Rendeiro Chumbinho, O Tratado de Lisboa e o Novo Sistema Jurisdicional da União Europeia, ob. Cit. pág 53, 53 e 56. Vide Klaus- Dieter Borchardt, O ABC do Direito Comunitário, Ob. Cit. pág 102. Vide ainda João Pedro Arsénio de Oliveira, Quo Vadis, União?ob. cit. Pág 16 e 17. Por último Ana Maria Guerra Martins, *As Origens da Constituição Norte-Americana, Uma lição para a Europa*,ob. Cit. pág 133.

⁵⁸⁰ - Ver Alexis de Tocqueville, Da Democracia na América, ob. Cit. pág 180 nota 25. José de Caramelo Gomes, afirma inclusivamente que os incumprimentos estaduais são « *uma situação mais frequente do que seria desejável*» em José Caramelo Gomes, Lições de Direito da União Europeia,ob. Cit. pág 230. Vide ainda João Mota de Campos e João Luiz Mota de Campos, Contencioso Comunitário, ob. Cit. pág 21 a 25. Vide por último Jónatas E. M. Machado, Direito da União Europeia, ob. Cit.pág 546, que fala das resistências do “*patriotismo constitucional*” e os inerentes receios de perda de soberania.

Estas posições de rebeldia são naturais e expectáveis uma vez que os tribunais nacionais e os juízes nacionais estaduais devem a sua lealdade ao seu estado e não à União Europeia, são portanto juízes parciais. A partir do momento em que se entrega o direito comunitário aos tribunais nacionais entrega-se o direito comunitário a “juízes estrangeiros”.⁵⁸¹

Apesar da benevolência que existe em relação ao direito comunitário os estados membros podem alterar a sua vontade política em relação à união, ao TJUE e ao direito comunitário passando a ser hostis a qualquer momento e isso terá consequências nefastas.

Mais uma vez isto comprovou-se com o tratado de Lisboa, em que foi limitada a criatividade do TJUE, ao mesmo tempo que se despromoveu a importância da jurisprudência.⁵⁸²

Os estados podem ainda criar exceções ou derrogações invocando a saúde pública, a segurança nacional, ou a ordem pública, para não seguir ou cumprir o direito comunitário. A inexistência de uma hierarquia judicial significa que o TJUE não funciona como tribunal de recurso dos tribunais superiores dos vários estados europeus. Não pode anular os actos contrários ao direito comunitário, nem pode aplicar o tratado e os actos das instituições a um caso concreto (acórdão Dingemans), nem sequer apreciar a conformidade da legislação nacional com a comunitária.

Quem sai prejudicado é claramente a própria união quando os poderes que o TJUE tem são meramente de orientação.⁵⁸³

- O Problema da Interpretação Conforme

O Princípio da Interpretação Conforme não é uniforme, ela aparenta ser uniforme. Como pode ser conforme aquilo que é aplicado de forma diferente em 28 jurisdições estaduais? Dessa forma como

⁵⁸¹ - O que se questiona aqui é a imparcialidade do juiz nacional perante normas de um ordenamento jurídico europeu. Ver Alexis de Tocqueville, *Da Democracia na América*, pág 181. Tocqueville aborda precisamente este tema dos tribunais federais. A nossa posição deriva da dele. «(...) além das contradições a esperar das diferenças de opinião, haverá muito a recear da parcialidade de pontos de vista e preconceitos locais, e da interferência das normas locais.» em Alexander Hamilton, *O Federalista* nº 22 ob. Cit. pág 155. « será natural que os juízes, como homens, sintam uma predilecção mais forte pelas reivindicações do seu próprio governo.» em Alexander Hamilton, *O Federalista* nº 80 ob. Cit. pág 490.

⁵⁸² - João Paulo Da Cunha Rendeiro Chumbinho, *O Tratado de Lisboa e o Novo Sistema Jurisdicional da União Europeia*, ob. Cit. pág 56 e 57.

⁵⁸³ - Cfr António Henriques Gaspar *Justiça Nacional, Justiça Europeia*, Ob. Cit. pág 50. Ver o Documento, *As duas questões sobre o TJUE* <https://infoeuropa.eu/ocid.pt/registo/000047593/documento/0002/> pág 4. Vide ainda Klaus- Dieter Borchardt, *O ABC do Direito Comunitário*, Ob. Cit. pág 89. Vide por último João Paulo Da Cunha Rendeiro Chumbinho, *A Evolução da Actividade Interpretativa do Juiz da União Europeia e a Aplicação das Teses de Hart e de Dworkin*, Ob. Cit. pág 7 e 9.

cada lei estadual é diferente, a forma de aplicar o direito comunitário será sempre distinta de estado para estado.⁵⁸⁴ A uniformização comunitária só se realiza com tribunais comunitários próprios.

- O Problema Actual da Modéstia Judicial

No presente momento o TJUE ainda exerce uma influência muito reduzida. O Direito comunitário não é muito visível nos países porque não é aplicado por uma multiplicidade de tribunais federais. Caso existissem o direito comunitário seria aplicado em larga escala. Os tribunais federais comunitários seriam a casa do direito comunitário.

Com a construção deste federalismo judicial, aos poucos, os tribunais iriam invadir todas as áreas da sociedade europeia, tomando decisões que moldariam o futuro da união e defenderiam a democracia europeia ao mesmo tempo que controlariam os poderes federais. O federalismo judicial europeu necessita de entrar no quotidiano e na psique do cidadão europeu.

- O Problema da Nova Estrutura

A constituição de uma nova estrutura implica formas de controlar o poder judicial. Seja através do juri, seja pelas nomeações, seja pelo “*impeachment*”. Também o poder judicial federal europeu deverá ser controlado.

⁵⁸⁴ - « *Se existir um tribunal de suma instância em cada Estado, podem existir tantas decisões finais diferentes sobre o mesmo assunto quantos os tribunais. Há infindáveis diversidades nas opiniões dos homens. É frequente vermos não só tribunais diferentes mas os Juízes do mesmo tribunal a diferir uns dos outros.*» em Alexander Hamilton, *O Federalista* nº 22 ob. Cit. pág 154. « *Treze tribunais independentes de jurisdição derradeira, julgando as mesmas causas, decorrentes das mesmas leis, são uma hidra na governação, da qual não pode provir senão contradição e confusão.*» em Alexander Hamilton, *O Federalista* nº 80 ob. Cit. pág 488.

CONCLUSÕES FINAIS

Da Nossa Intenção

Ao longo da elaboração desta tese verificámos que os modos tradicionais de abordar a experiência judicial comunitária consistiam em enumerar os artigos do último tratado europeu e a elencar os princípios comunitários. Os autores, ocasionalmente, participavam no debate do que é a União Europeia, se uma confederação, se um sistema “*sui generis*”, se uma federação. Mais raramente alguns autores expunham as suas sinceras convicções contra ou a favor do federalismo. Nenhum autor que lêmos propôs uma solução concreta com medidas práticas para atingir uma solução ideal, ou um projecto inovador para a Europa. Nenhum autor tratou do federalismo judicial ou sequer olhou para a Europa como a Europa dos tribunais (federalis) europeus.

Enquanto convictos federalistas que somos reconhecemos a importância da existência de um projecto político constitucional que legitime democraticamente as opções do povo. Porém esse projecto encontra-se parado. Possuíamos também ideias de como ultrapassar este impasse e concretizar politicamente o federalismo europeu, mas preferimos uma nova abordagem. Pretendemos demonstrar que é possível chegar, no futuro, a um federalismo político emancipando e tendo por ponto de partida o poder judicial europeu.

Decidimos que era necessário uma abordagem diferente e lateral do federalismo, demonstrando que poderá ser o federalismo judicial europeu a ajudar a construir o federalismo político na Europa.

Adotando as soluções propostas será construído um sistema europeu de tribunais e caso esta abordagem se revele incorrecta, mesmo assim, nada se terá perdido porque ter-se-ão aproximado as nações europeias à volta de um projecto judicial inovador, um projeto de federalismo judicial europeu e montado uma estrutura para satisfazer os desejos de justiça dos cidadãos europeus. O que nos pode aproximar da ideia de uma “Europa” mais cidadã.

Os últimos desenvolvimentos e a aparência de desintegração europeia por ineficácia da classe política revela que o caminho a percorrer é difícil, mas começa a parecer o único possível.

Do Exposto na Tese sobre os EUA

Ao longo da história vários autores procuraram soluções que unissem as nações da Europa e do mundo e que trouxessem paz a todas elas. Em função desse sonho, filósofos, políticos e estadistas

criaram e visualizaram projetos de paz perpétua entre as nações. E para esse desiderato o federalismo foi sempre o instrumento de trabalho preferencial e de maior êxito.

Nos projetos mais notórios e inspiradores, cristalizaram-se invariavelmente duas ideias chave: a adoção da República como forma de governo e a aceitação do federalismo como meio de incorporação de vários estados.

Em virtude do seu percurso histórico, dos debates entre federalistas e opositores e das suas próprias especificidades foram adotadas ambas nos EUA. As influências recebidas dos ingleses e dos filósofos liberais do sec. XVII e XVIII, assim como o modo como os norte americanos elaboraram a sua Constituição e dispuseram os seus poderes e os alicerçaram, estimularam e elevaram o poder judicial ao topo. O poder judicial cresceu e o federalismo americano tornou-se um federalismo judicial. Ao longo desta tese demonstrámos que este poder exerceu uma hegemonia sobre os outros poderes, domínio esse que se observa em todos setores da sociedade.

Se houve ideia que permaneceu na nossa mente ao longo da elaboração desta tese, foi a ideia de mudança progressiva. As mudanças no direito, na sociedade e nos estados são introduzidas paulatinamente pelas decisões judiciais americanas. As pequenas alterações introduzidas e somadas ao longos de décadas acumulam-se em enormes mudanças na vida dos estados.

O “*Supreme Court*” como órgão supremo único, focalizou num único órgão de competência exclusiva e total em função da matéria toda a atenção e responsabilidade, mas também toda a legitimidade e força. Depois porque essa característica de unicidade, de exclusividade, centraliza num só alto tribunal toda a atenção da nação e dos restantes poderes. O risco e a responsabilidade foram enormes mas assumidos. E, entende-se de forma generalizada, com grande compensação.

O sistema judicial americano construiu uma justicialidade muito própria, que inclui o *judicial review*, o direito feito pelo juiz, a primazia da jurisprudência, a aceitação do precedente, a inexistência de tribunais administrativos e constitucionais, a construção de uma estrutura estadual e federal própria.

Os EUA possuem um sistema muito próprio de justiça. Um Federalismo Judicial Dualista. Portanto, um estado com duas estruturas (federal e estadual) do poder judicial em que se aplicam simultaneamente duas legislações, a federal e a estadual. Num sistema piramidal composto por três instâncias.

O federalismo judicial americano, foi moldado pelo tempo, pela experiência, pela longevidade, pela ponderação, pela moderação e pelo debate democrático que o tornou superior a tudo o que já foi experimentado.

Isto leva-nos a acreditar que o projeto de *paz perpétua* entre os países pode ser procurado através de um federalismo judicial republicano, sendo os EUA o exemplo paradigmático.

A superioridade natural do sistema norte-americano, levou-o a ser admirado, adaptado e copiado por outras nações.

Do Exposto na Tese sobre a Europa

Existência de autores europeus que propuseram uma solução federalista inspirada no modelo americano. Se a América se ergueu pelas bases é sabido que a ideia de “*Europa*” de hoje é obra de elites. Esclarecidas, mas elites.

Na Europa existe atualmente uma confederação de estados com algum grau de integração, se bem que politicamente completamente dividida. Em virtude dos falhanços políticos de integração e mesmo já antes deles, o poder judicial europeu começa a dar passos no caminho de uma cada vez maior união.

Constatou-se a existência de um Federalismo Jurídico e de um sistema de cooperação entre o TJUE e os estados por meio do mecanismo de reenvio prejudicial.

Começam a ser notórios os sinais de um crescimento do federalismo judicial europeu. A iniciativa criadora do TJUE e os inúmeros desenvolvimentos jurisprudenciais dos princípios comunitários são disso prova evidente.

Dos Aspetos em Comum

Apesar de tudo aquilo que separa os EUA da Europa, existem seis elementos comuns chave.

Primeiro, a semelhança na diferença. Parecenças entre os EUA Confederados e a União Europeia. Diferenças na sociedade, disputas económicas e interesses políticos opostos entre estados, interesses comuns, desafios comuns, receios comuns. Demonstramos que existe uma equivalência de situações entre os problemas apresentados aos americanos antes da ratificação da Constituição Americana e os problemas que a União Europeia enfrenta.

Segundo, existência de movimentos a favor e contra o estabelecimento de uma federação na Europa e nos EUA. Argumentos apresentados na Europa são semelhantes à disputa americana entre “*Federalistas*” e “*Anti - Federalistas*”. O debate federalista captou o essencial da decisão política a tomar no século XVIII americano e é tema incontornável quer pela riqueza das ideias que ali se

impuseram, quer pela influência central na constituição e, logo, na forma como se organizou o poder judicial.

Terceiro, a presença determinante do “*Supreme Court*” e do TJUE no sistema judicial para encaminhar os estados no sentido de uma maior integração. Existência de um grande activismo judicial na fase inicial de ambos os tribunais. A jurisprudência como motor de trabalho e de desenvolvimento do direito.

Quarto, “*Supremacy Clause*” e Primado do Direito Comunitário duas faces da mesma moeda. Cláusula e Princípio que defendem a mesma ideia. Predomínio de um ordenamento jurídico (Federal/Comunitário) sobre o ordenamento jurídico estadual.

Quinto, o desejo dos federalistas e estadistas europeus de replicar os “*Estados Unidos da América*” nos “*Estados Unidos da Europa*”.

Sexto, a existência de precedentes verticais obrigatórios no “*Supreme Court*” e no TJUE como forma de subordinação dos tribunais inferiores às suas decisões.

Dos Aspetos a Introduzir no Sistema Judicial Europeu

O futuro da União Europeia terá de ser feito tendo como modelo de referência a experiência norte-americana. Ao estudarmos o sistema judicial americano e a sua jurisprudência, onde poderá ser feita a transposição para o sistema europeu? Em que áreas se poderá materializar essa importação de ideias e institutos? Ao propormos estas soluções, estamos a entrar num novo mundo...

Passar de um federalismo jurídico para um federalismo judicial.

Não existe um sistema de tribunais europeus. É necessário fortalecer, ainda mais, o sistema judicial europeu. Temos de confiar nos tribunais (federais) europeus, temos de acreditar que a sua constituição resultará numa maior defesa dos nossos direitos e interesses

Atualmente a Europa possui um Confederalismo Judicial Monista. Ou seja, a existência de múltiplos estados com respectivas jurisdições judiciais que aplicam a sua legislação interna e assimilam a legislação europeia como sua, sem que existam tribunais comunitários. Inspirando-nos no exemplo americano, entendemos que se torna imperativo ultrapassar alguns obstáculos que existem atualmente. Reforçar e criar uma estrutura federal de tribunais comunitários. Passar na prática para uma estrutura dualista, em que existem na ordem jurídica europeia tribunais federais (1ª e 2ª instância) e tribunais estaduais.

Neste projeto federal seria mantida a estrutura interna judicial de cada estado, se bem que definindo o Supremo Estadual de cada um dos estados. Ascenderia o TJUE a Supremo Tribunal da União Europeia. Seriam introduzidos elementos da judicialidade Norte Americana. A tomada destas, ou algumas destas opções teria como resultado o aproximar das nações europeias pelo direito. Fortaleceria a laço existente, afirmaria o judicial como poder preponderante e quem sabe poderia conduzir a uma futura união política. Caberia ao federalismo judicial europeu defender e impulsionar essa união política. Caso não se conseguisse atingir esse feito, em todo o caso ter-se-ia promovido uma maior integração entre os estados europeus.

Ascensão do TJUE a Supremo Tribunal Federal da União Europeia, em que o mesmo adotaria como poder a revisão judicial discricionária.

Não esquecer a máxima de Alexander Hamilton de que o poder judicial é fraco, logo é preciso manter a concentração/unidade do poder jurisdicional e evitar a sua difusão. Nesse sentido desnecessidade de constituir tribunais administrativos e constitucionais na estrutura europeia.

Alterar o dogma da cooperação com o TJUE, pelo da hierarquia ao TJUE.

Cremos que o poder judicial tem um efeito integrador e uniformizador do direito e das nações. Dessa forma haveria que aceitar e estimular o poder criativo e a audácia das decisões do TJUE, não o limitando por via legal. Dessa forma o “*judicial review*”, deveria ser aceite como ferramenta de trabalho, como um poder natural de toda a jurisdição federal europeia e seria desejável que o TJUE emitisse uma decisão nesse sentido. Aceitar o direito construído pelo juiz. Como demonstrámos o sistema anglo-saxónico é potenciador de soluções criativas e moldáveis às circunstâncias da vida real, para além de ser um sistema jurídico célere na resolução de processos judiciais.⁵⁸⁵

Criação dos tribunais federais europeus encarregues de aplicarem o direito comunitário de forma exclusiva. A estrutura atual comunitária assenta apenas no TJUE. A ele os cidadãos europeus não podem aceder diretamente. A solução por nós proposta permitiria que os cidadãos comunitários interpussem diretamente ações nos tribunais da União Europeia. Possibilitaria, por exemplo, a realização de julgamentos na primeira instância dos tribunais federais europeus.

Introdução de elementos de controlo no novo poder federal. Seja com a introdução de elementos como a nomeação dos juízes federais europeus, seja com a introdução do instituto do juri ou do “*impeachment*”.

⁵⁸⁵ - Vide o muito pertinente capítulo 8, págs 141 a 150 da obra Alberto Alesina e Francesco Giavazzi, *O Futuro da Europa, Reforma ou Declínio*, Edições 70 LDA. Junho de 2007 .

BIBLIOGRAFIA

Url's Consultados

- As suas questões sobre o TJUE - <https://infoeuropa.euroid.pt/registo/000047593/documento/0002/>
- Comunicado do TJUE - <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2009-02/cp050013pt.pdf>
- Conselho de Tampere - http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_pt.htm
- Declaração Schuman - http://europa.eu/about-eu/basic-information/symbols/europe-day/schuman-declaration/index_pt.htm
- Discurso de Winston Churchill <https://respublicaeuropeia.wordpress.com/2003/11/23/discurso-de-zurique-winston-churchill/>
- Estatuto do TJUE - http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-10/staut_cons_pt.pdf
- Kalergi - <https://eufundedproeutroll.wordpress.com/2014/06/08/eu-federalization-the-pan-european-manifesto-paneuropa/>
- Lincoln, Abraham *Gettysburg Address*, 19 de Novembro de 1863 in <http://voicesofdemocracy.umd.edu/lincoln-gettysburg-address-speech-text/>
- Marques, Viriato Soromenho - *O Federalismo*, in Dicionário de Filosofia Moral e Política do Instituto de Filosofia da Linguagem da Universidade Nova de Lisboa, in <http://www.viriatosoromenho-marques.com/Imagens/PDFs/FEDERALISMO.pdf>
- Memorando sobre a organização de um regime de uma União Federal Europeia - Aristid Briand - <http://www.wdl.org/pt/item/11583/>
- National Center for State Courts – Georgia http://www.courtstatistics.org/Other-Pages/State_Court_Structure_Charts/Georgia.aspx
- National Center for State Courts - Virgínia http://www.courtstatistics.org/Other-Pages/State_Court_Structure_Charts/Virginia.aspx
- O Tribunal de Justiça, A sua jurisprudência - http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-09/c_jurisprudence_pt.pdf
- Regulamento 44/2001 - <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2001R0044:20081204:PT:PDF>
- Regulamento 2201/2003 - <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:338:0001:0029:PT:PDF>

- Regulamento 1215/2012 http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/mhb_MA_24802.pdf
- Relatório Anual de 2012 do TJUE - http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2013-04/192685_2012_6020_cdj_ra_2012_pt_proof_01.pdf
- Relatório Anual de 2014 do TJUE - http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7032/
- Supreme Court - <http://www.supremecourt.gov/>
- Tribunal de Justiça da União Europeia - <http://curia.europa.eu/>
- United States Courts - <http://www.uscourts.gov/Home.aspx>
- United States Courts - Table 2.1—U.S. Courts of Appeals Judicial Facts and Figures (September 30, 2014) <http://www.uscourts.gov/statistics/table/21/judicial-facts-and-figures/2014/09/30>
- United States Courts - Table 6.1—U.S. District Courts—Combined Civil and Criminal Judicial Facts and Figures (September 30, 2014) <http://www.uscourts.gov/statistics/table/61/judicial-facts-and-figures/2014/09/30>
- United States Courts - U.s. Federal Courts Circuit Map <http://www.uscourts.gov/about-federal-courts/court-role-and-structure>

Livros

Acemoglu, Daron e James A. Robinson - *Porque Falham as Nações, As Origens do Poder, da Prosperidade e da Pobreza*, Reimpressão da 1ª Edição de Fevereiro de 2013, Lisboa, Círculo de Leitores, Novembro de 2013

Alesina, Alberto e Francesco Giavazzi - *O Futuro da Europa, Reforma ou Declínio*, Edições 70 LDA, Junho de 2007

Amaral, Diogo Freitas do - *Curso de Direito Administrativo*, 5ª Reimpressão da 3ª Edição, I Volume, Edições Almedina S.A, Outubro de 2010

Amaral, Diogo Freitas do - *Curso de Direito Administrativo*, 8ª Reimpressão da Edição de 2001, II Volume, Edições Almedina S.A, Setembro de 2008

Amaral, Diogo Freitas do - *História das Ideias Políticas*, Volume I, 7ª Reimpressão da Edição de 1998, Coimbra, Edições Almedina Lda, Maio de 2009

Amaral, Diogo Freitas do - *História das Ideias Políticas*, (Apontamentos) Volume II, Lisboa, Pedro Ferreira- Artes Gráficas, 1997/1998

Arendt, Hannah - *Sobre a Revolução*, Lisboa, Relógio D'Água Editores, Dezembro de 2001

Aurélio, Diogo Pires - *Maquiavel & Herdeiros*, 1ª Edição, Lisboa, Círculo de Leitores, Novembro de 2012

Baptista, Artur - *Guia do Mundo*, Lisboa, Trinova Editora Lda, ISBN: 972- 9338-16-7

Bastos, Celso - *A Federação e a Constituinte*, São Paulo, Brazil, Renzo Mazzone, 1986

Bastos, Celso Ribeiro - *Curso de Direito Constitucional*, 22ª Edição, São Paulo, Malheiros Editores, Ltda, 2010

Berlin ,Isaiah - *Rousseau e Outros Cinco Inimigos da Liberdade*, 1ª Edição, Gradiva-Publicações, Lda, Outubro de 2005

Bonavides, Paulo - *Curso de Direito Constitucional*, 26ª Edição, São Paulo, Malheiro Editores, 2010

Borchardt, Klaus- Dieter - *O ABC do Direito Comunitário*, Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2000

Brierly, James Leslie - *Direito Internacional*, 4ª Edição, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, Outubro de 1979

Brito, Miguel Nogueira de - *A Constituição Constituinte, Ensaio sobre o Poder de Revisão da Constituição*, Coimbra Editora, Maio de 2000

Caetano, Marcello - *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, 6ª Edição, Tomo I, Livraria Almedina Coimbra, 1983

Campos, João Mota de - *Manual de Direito Comunitário*, 2ª Edição, Curitiba, Juruá Editora, 2008

Campos , João Mota de e João Luiz Mota de Campos - *Contencioso Comunitário*, Fundação Calouste Gulbenkian, Novembro de 2002

Campos, João Mota de, João Luis Mota de Campos e António Pinto Pereira, *Manual de Direito Europeu*, 1ª Edição, Coimbra Editora SA, Fevereiro de 2014

Casanova, Pablo Gonzalez - *La Démocratie au Mexique*, Paris, Éditions Anthropos Paris, 1969

Cogan, Neil H. - *The complete Bill of Rights, The Drafts, Debates, Sources, & Origins*, Oxford University Press, Inc., 1997

Constantino, Rodrigo - *Esquerda Caviar*, Lisboa, Alêtheia Editores, Março de 2015

Constituição da República Federativa do Brasil, 40ª Edição, Editora Saraiva 2007

Corrêa, Francisco António - *Estados Unidos da Europa*, Conferência Realizada na Academia das Ciências de Lisboa, Dezembro de 1929

Coutinho, João Pereira - *Conservadorismo*, 1ª Edição, Publicações Dom Quixote, Maio de 2014

Covas, António - *Dez teses sobre a Europa Federal, Em apoio da proposta de uma Federação de Estados Nação*, Faro, Universidade do Algarve, Outubro de 2012

Crespo, Aurélio - *O Federalismo, Um Modelo para a Europa?*, Lisboa, Edições Cosmos, 1998

Crick, Bernard - *A Democracia*, 1ª Edição, Edições Quasi, Junho de 2006

Cunha, Paulo de Pitta e - *A Crise da Constituição Europeia*, Editores Almedina SA, Novembro de 2005

Cunha, Paulo de Pitta e - *A Integração Europeia no Dobrar do Século*, Almedina, Janeiro de 2003

Cunha, Paulo de Pitta e - *De Maasricht a Amesterdão, Problemas da União Monetária Europeia*, Livraria Almedina Coimbra, Novembro de 1999

Cunha, Paulo de Pitta e - *Direito Europeu, Instituições e Políticas da União*, Edições Almedina SA, Julho de 2006

Cunha, Paulo de Pitta e - *Em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, Edições Almedina SA, Novembro de 2010

Cunha, Paulo de Pitta e - *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, Volume I, Edições Almedina SA, Outubro de 2008

Cunha, Paulo de Pitta e - *O Movimento Político Europeu e as Instituições Supranacionais*, Sep.de Boletim do Ministério da Justiça nº 125, 1963

Cunha, Paulo de Pitta e - *Reservas à Constituição Europeia*, Edições Almedina SA, Abril de 2005

David, Isabel - *Do Federalismo à Federação ou a Inconciliabilidade entre Pensamento e Acção*, Lisboa, Universidade Técnica de Lisboa, Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 2008

Departamento de Estado dos Estados Unidos da América, *Perfil do Sistema Judiciário dos EUA*, «Os capítulos de 1 a 8 foram adaptados do livro (...) Judicial Process in America, 5ª Edição,

de Robert A. Carp e Ronald Stidham, publicado por Congressional Quarterly, Inc.», Editor Executivo George Clack, 2006

Departamento de Estado dos Estados Unidos da América, *Questões de Democracia, Justiça Criminal nos Estados Unidos*, Volume 6 nº 1, Publicação Eletrónica do Departamento de Estado dos Estados Unidos da América, Julho de 2001

Duarte, Maria Luisa - *Direito Internacional Público, E Ordem Jurídica Global do Século XXI*, 1ª Edição, Coimbra Editora, Setembro de 2014

Duarte, Maria Luísa.- *União Europeia, Estátca e Dinâmica da Ordem Jurídica Euroucomunitária*, Edições Almedina SA, Outubro de 2011

Duverger, Maurice - *Os Grandes Sistemas Políticos, Instituições Políticas e Direito Constitucional-I*, Livraria Almedina Coimbra, 1985

Dworkin, Ronald - *Justiça para Ouriços*, Edições Almedina, SA, Novembro 2012

Espada, João Carlos - *Liberdade e Responsabilidade Pessoal, 25 anos de crónicas políticas (1981-2006)*, Estoril, Príncípia Editora Lda, Abril de 2008

Ferrari, Sérgio - *Constituição Estadual e Federal*, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2003

Ferreira, Eduardo Paz - *Lições de Direito da Economia*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2001

Ferreira, Eduardo Paz (Organizador) - *Justiça Nacional Justiça Europeia*, Almedina, Abril de 2011

Ferreira, José Medeiros - *Não Há Mapa Cor-de-Rosa, A História (Mal)dita da Integração Europeia*, Lisboa, Edições 70, Lda, Janeiro de 2014

Fiuza, Ricardo Arnaldo Malheiros - *O Poder Judiciário no Brazil*, 2ª Edição, Del Rey Editora, 2013

Freedam, Francis - *Sinopse da História dos Estados Unidos da América*, Ministério das Relações Exteriores, Distribuido pelo Serviço de Informações dos EUA, 1952

Freitas, Pedro de Caridade de - *Portugal e a Comunidade Internacional, na Segunda Metade do Século XIX*, Lisboa, Quid Juris, 2012

Freitas, Pedro de Caridade de, e António Pedro Barbas Homem - *Textos de Apoio de História das Relações Internacionais*, Lisboa, AAFDL, Janeiro de 2012

Friedrich, Carl J. - *Trends of Federalism in Theory and Practice*, London, The Pall Mall Press Limited, 1968

Gadamer, Hans-Georg - *Herança e Futuro da Europa*, Edições 70, Lda, Fevereiro de 1998

Glahn, Gerhard Von - *Law Among Nations, An Introduction to Public International Law*, New York, The Macmillan Company, 1965

Gomes, José Caramelo - *Lições de Direito da União Europeia*, Edições Almedina, S.A., Fevereiro de 2011

Gonçalves, Arnaldo M. A. - *A Europa à Procura do Futuro, Da Convenção de Filadélfia ao Tratado de Lisboa*, Livros Horizonte, Novembro de 2007

Goulard, Sylvie e Mario Monti - *A Democracia na Europa, Uma Perspetiva de Futuro*, 1ª Edição, Lisboa, Editorial Presença, Março de 2013

Gouveia, Jorge Bacelar - *Manual de Direito Constitucional*, 3ª Edição, Volume I, Edições Almedina, Setembro de 2009

Gouveia, Jorge Bacelar - *Manual de Direito Internacional Público*, 3ª Edição, Edições Almedina, 2008

Guedes, A. Marques - *Direito Internacional Público*, Lições do Professor Doutor, ao curso do 4º ano jurídico em 1981-82, Faculdade de Direito de Lisboa, 1982

Habermas, Jurgen - *Um Ensaio Sobre a Constituição da Europa*, Lisboa, Edições 70, Lda, Março de 2012

Hayek, Friedrich - *O Caminho para a Servidão*, Lisboa, Edições 70 Lda, Janeiro de 2009

Henriques, Miguel Gorjão - *Direito da União*, 6ª Edição, Edições Almedina, SA, 2010

Hobbes, Thomas - *Leviatã*, 3ª Edição, Imprensa Nacional Casa da Moeda, Abril de 2002

Homem, António Pedro Barbas - *História das Relações Internacionais o Direito e as Concepções Políticas na Idade Moderna*, 2ª Reimpressão da Edição de Julho de 2003, Edições Almedina, SA, Outubro 2010

Judt, Tony - *Uma Grande Ilusão? Um ensaio sobre a Europa*, Lisboa, Edições 70, Lda, Junho de 2012

Kant, Immanuel - *A Paz Perpétua e Outros Opúsculos*, Lisboa, Edições 70 Lda, Junho de 2009

Keefe, William J. e Morris S. Ogul - *The American Legislative Process, Congress and the States*, 5ª Edição, Prentice- Hall, Inc.

Lexis Nexis, *The United States Constitution*, Edição 2011/2012

Locke, John - *Dois Tratados do Governo Civil*, Lisboa, Edições 70, Lda Outubro de 2006

Lourenço, Eduardo - *A Europa Desencantada*, 3ª Edição, Gradiva, Dezembro de 2011

Machado, Jónatas E. M. - *Direito Internacional*, 4ª Edição, Coimbra Editora SA, Outubro de 2013

Machado, Jónatas E. M. - *Direito da União Europeia*, 2ª Edição, Coimbra Editora, Outubro de 2014

Madison, James, John Jay e Alexander Hamilton - *O Federalista*, Lisboa, Edições Colibri, Julho de 2003

Manent, Pierre - *A Razão das Nações, Reflexões sobre a Democracia na Europa*, Lisboa, Edições 70, Lda, Maio de 2008

Maquiavel, *O Príncipe*, Oitava Edição, Lisboa, Guimarães Editores, 1997

Marks, Gary e Seymour Martin Lipset - *Por que não houve socialismo na América?*, Lisboa, Quetzal Editores, 2001

Marques, Viriato Soromenho - *A Revolução Federal, Filosofia Política e Debate Constitucional na Fundação dos E.U.A.*, Lisboa, Edições Colibri, Fevereiro de 2002

Marques, Viriato Soromenho - *O Regresso da América, Que Futuro Depois do Império?*, 1ª Edição, Lisboa, Esfera do Caos Editores Lda, Maio de 2008

Marques, Viriato Soromenho - *Portugal na Queda da Europa*, 1ª Edição, Lisboa, Circulo de Leitores, Maio de 2014

Martins, Ana Maria Guerra - *As Origens da Constituição Norte-Americana, Uma lição para a Europa*, Lisboa, Edições Jurídicas, 1994

Martins, Ana Maria Guerra - *Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Edições Almedina S.A, Fevereiro de 2011

Martins, Ana Maria Guerra - *Manual de Direito da União Europeia*, Edições Almedina, S.A, Dezembro de 2012

Marx, Roland, Francois Dreyfus e Raymond Poidevin, *História Geral da Europa*, III Volume, Publicações Europa- América, LDA, 1980

Matos, André Salgado de e Marcelo Rebelo de Sousa - *Responsabilidade Civil Administrativa, Direito Administrativo Geral*, Tomo III, 1ª Edição, Publicações Dom Quixote, Maio de 2008

Mcelroy, Robert - *Pequena História dos Estados Unidos*, Cadernos "Inquérito". Série A- Política e História XVI, Lisboa, Editorial "Inquérito", Lda, 1942

Meador, Daniel John - *American Courts*, Saint Paul, Minnesota, West Publishing Co, 1991

Mendes, Gilmar Ferreira e Paulo Gustavo Gonet Branco - *Curso de Direito Constitucional*, 7ª Edição, Editora Saraiva, 2012

Mersky, Roy M., Cindy L. Tate e Gary Hartman - *Landmark Supreme Court Cases, The Most Influential Decisions of The Supreme Court of the United States*, Checkmark Books e Facts on File, 2004

Mesquita, Maria José Rangel de - *A Actuação Externa da União Europeia depois do Tratado de Lisboa*, Edições Almedina S.A, Junho de 2011

Mill, John Stuart - *Sobre a Liberdade*, Lisboa, Edições 70 Lda, Novembro de 2010

Mini Enciclopédia, Direcção Manuel Alves de Oliveira e Maria Irene Bigotte de Carvalho, Círculo de Leitores, Lda., Setembro de 1993

Miranda, Jorge - *Constituições de Diversos Países*, I Volume, 3ª Edição, Lisboa, Imprensa Nacional Casa da Moeda, 1986

Miranda, Jorge - *Constituições de Diversos Países*, II Volume, 3ª Edição, Lisboa, Imprensa Nacional Casa da Moeda, 1987

Miranda, Jorge - *Curso de Direito Internacional Público*, 5ª Edição, Principia, 2012

Miranda, Jorge - *Manual de Direito Constitucional*, 1ª Edição, Volume I, Tomo I, 1, O Estado e os Sistemas Constitucionais, Coimbra Editora, Setembro de 2014

Mitchell, Ralph - *Um Índice para a Constituição dos EUA com Glossário*, 1st Edition, Editado por Ralph Mitchell, 1980

Monteiro, Amaro do Sacramento - *Estados Unidos da Europa, Briand não tem Razão!*, Lisboa, Livraria Moraes 49, 1931

Montesquieu - *Do Espírito das Leis*, Lisboa, Edições 70 Lda, Março de 2011

More, Thomas - *Utopia*, Mem Martins, Publicações Europa- América Lda, Março de 1997

Moreira, Adriano - *Teoria das Relações Internacionais*, 8ª Edição, Edições Almedina, 2014

Moura, Vasco Graça - *A Identidade Cultural Europeia*, Lisboa, Fundação Francisco Manuel dos Santos, Novembro de 2013

Neves, João César das - *Portugal esse Desconhecido*, 1ª Edição, Publicações Dom Quixote, 2014

Nordhaus, William D. e Paul A. Samuelson - *Economia*, 16ª Edição, Editora McGraw de Portugal, Lda

Orban, Edmond - *Federalism and Supreme Courts*, Bruxelles Établissements Émile Bruylant 1991

Pereira, André Gonçalves - *Curso de Direito Internacional Público*, 2ª Edição, Edições Ática, s/d

Pereira, Maria da Assunção do Vale e Joaquim Moreira da Silva Cunha - *Manual de Direito Internacional Público*, 2ª Edição, Livraria Almedina, Janeiro de 2004

Popper, Karl R. - *Em Busca de Um Mundo Melhor*, 3ª Edição, Lisboa, Editorial Fragmentos Lda, Novembro de 1992

Quadros, Fausto de *Direito da União Europeia*, Livraria Almedina, Setembro de 2004

Quadros, Fausto de e André Gonçalves Pereira - *Manual de Direito Internacional Público*, 3ª Edição, Livraria Almedina Coimbra, 1993

Rabasa, Oscar - *El Derecho AngloAmericano, Estudio Expositivo y Comparado del "Common Law"*, México, Fondo de Cultura Economica, 1944

Ramirez, Felipe Tena - *Leyes Fundamentales de Mexico*, 7ª Edição, Mexico, Editorial Porrúa S.A, 1976

Ramos, Dicêo Torrecillas - *O Federalista Atual, Teoria do Federalismo*, Belo Horizonte, Arraes Editores, 2013

Ramos, Rui Manuel Moura - *Estudos de Direito da União Europeia*, 1ª Edição, Coimbra Editora, Agosto de 2013

Rangel, Paulo Castro - *Repensar o Poder Judicial, Fundamentos e Fragmentos*, Porto, Publicações Universidade Católica, Junho de 2001

Rawls, John - *A Lei dos Povos e «A Ideia da Razão Pública Revisitada»*, Edições 70, Lda, Março de 2014

Rodrigues, José Narciso Cunha - *Estudo em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, Edições Almedina SA, Julho de 2010

Rodrigues, L. Barbosa - *Introdução ao Direito, Geral, Interno, da União Europeia e Internacional*, Lisboa, Quid Juris, Sociedade Editora, 2012

Rogeiro, Nuno - *Constituição dos EUA, Anotada e Seguida de Estudo Sobre o Sistema Constitucional dos Estados Unidos*, 1ª Edição, Gradiva, Março de 1993

Rousseau, Jean- Jacques - *Contrato Social*, Lisboa, Editorial Presença, Lda, 1973

Santos, Leonel Ribeiro dos - *O Federalismo Europeu, História, Política e Utopia*, Actas & Colóquios N° 29, Lisboa, Editor Fernando Mão de Ferro, Edições Colibri, Novembro de 2001

Saraiva, Direção de José Hermano - *História Universal, Ásia, África e América Séculos XVI -XVIII*, Vol. VII, Lisboa, Publicações Alfa S.A. 1985

Saraiva, Direção de José Hermano - *História Universal, Europa e América do Norte Século XIX*, Volume VIII, Publicações Alfa S.A, 1985

Saraiva, Direção de José Hermano - *História Universal, Ásia, África, e América Latina Séculos XIX e XX*, Volume X, Lisboa, Publicações Alfa S.A. 1985

Schwartz, Bernard - *The Bill of Rights: A Documentary History*, Volume I, Chelsea House Publishers, 1971

Segundo, Hugo de Brito Machado - *Contribuições e Federalismo*, São Paulo, Editor Dialética, 2005

Sharma, Ruchir - *Os Milagres Económicos do Futuro*, 1ª Edição, Clube do Autor S.A, Junho de 2013

Sidjanski, Dusan - *O Futuro Federalista da Europa, A Comunidade Europeia das Origens ao Tratado de Maastricht*, 1ª Edição, Lisboa, Gradiva- Publicações, Lda, Janeiro de 1996

Silva, Vasco Pereira da - *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise, Ensaio Sobre as Acções no Novo Processo Administrativo*, 2ª Edição, Edições Almedina. SA, Março de 2009

Soares, Andreia Mendes - *União Europeia: que Modelo Político?*, Lisboa, Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, Universidade Técnica de Lisboa, 2005

Steiner, George - *A Ideia de Europa*, 1ª Edição, Gradiva, Setembro de 2005

The Oxford Companion to The Supreme Court of The United States, Second Edition, Editor in Chief Kermit L. Hall, Oxford University Press, 2005

Tocqueville ,Alexis de - *Da Democracia na América*, 1ª Edição, Cascais, Princípa Publicações Universitárias e Científicas Maio 2001

Tocqueville, Alexis de - *O Antigo Regime e a Revolução*, Lisboa, Editorial Fragmentos Lda, Dezembro de 1989

Vários Autores, *A Justiça nos dois lados do Atlântico, Teoria e prática do processo criminal em Portugal e nos Estados Unidos da América*, Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento, Outubro de 1998

Vários Autores, *25 anos da Constituição Brasileira de 1988: Democracia e Direitos Fundamentais no Estado Democrático de Direito*, D'Plácido Editora, 2014

Vasconcelos, Pedro Carlos Bacelar de - *A Separação dos Poderes na Constituição Americana, do Veto Legislativo ao Executivo Unitário- A Crise Regulatória*, Coimbra Editora, 1994

Verhofstadt, Guy - *Os Estados Unidos da Europa*, 1ª Edição, Gradiva, Setembro de 2006

Vieira, Organizador José Ribas - *20 Anos da Constituição Cidadã de 1988, Efetivação ou Impasse Institucional ?*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2008

Revistas

Abreu, Joana Covelo de - «A tutela jurisdicional efetiva no âmbito da cooperação judiciária em matéria civil e a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia: a cláusula de ordem pública e a revelia absoluta como causas de recusa de reconhecimento e de execução de decisões no contexto da União», *UNIO, EU Law Jornal*, Edição Inaugural, Número 0, Julho de 2014

Comissão Europeia, «Compreender as Políticas da União Europeia: os Pais Fundadores da União Europeia», Bruxelas, Bélgica, Serviço das Publicações da União Europeia, 2013

Cox, Paul N.- «John Hart Ely, Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review», *Valparaiso University Law Review*, Volume 15, Number 3, Valparaiso University, Spring 1981

Cunha, Paulo Pitta e - «A Via Federal», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Volume XLIII - Nº1, Coimbra Editores, 2002

Cunha, Paulo Pitta e - «O Processo de Integração e os Limites da Europa», *Revista de Estudos Europeus*, Ano I - Nº2, Almedina, Julho - Dezembro de 2007

Cunha, Paulo Pitta e - «O Tratado Reformador e a Constituição Europeia», *Revista de Estudos Europeus*, Ano II - Nº3, Almedina, Janeiro-Julho de 2008

Cunha, Paulo de Pitta e - «Os Impulsos Federais na Construção Europeia», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Volume XLI- Nº 1, Coimbra Editora, 2000

Duarte, Maria Luisa - «Conferência Internacional: O Referendo Irlandês e o Tratado de Lisboa», *Revista de Estudos Europeus*, Ano III - Nº5, Almedina, 2009

Faria, Paulo Ramos de - «O Ciclo de Vida de uma Acção nos Tribunais Norte-Americanos», *Revista Julgar*, Nº19, Coimbra Editora, Janeiro/Abril de 2013

Filho, Francisco das C. Lima - «A Ordem Jurídica Comunitária Europeia: Princípios e Fontes», *Revista Jurídica UNIGRAN*, v 8 nº 15, Jan./Jun de 2006

Gabinete de Direito Europeu, «A Interpretação do Direito Nacional Conforme ao Direito Comunitário», *Colecção Divulgação do Direito Comunitário*, Ano 11, Revista Nº 32, Ministério da Justiça, 2000

Gaspar, António Henriques - «A Justiça nas Incertezas da Sociedade Contemporânea, O Juiz Hoje: De Exegeta a Ministro da Verdade», *Revista Julgar*, Nº 1, Coimbra Editora S.A., Janeiro - Abril de 2007

Hirsch, Alan e William W. Schwarzer - «Os Elementos da Gestão Processual: Um Guia de Bolso para Juízes», *Revista Julgar*, Nº19, Coimbra Editora, Janeiro/Abril de 2013

«Judicial Review, O Sonho Americano», *Revista Sub Judice, Justiça e Sociedade*, Nº 12, DocJuris, Janeiro/Junho de 1998

Jung, Hans - «A Organização Jurisdicional Comunitária Ante o Futuro», *Colecção Divulgação do Direito Comunitário*, Ano 5, Nº 13, Ministério da Justiça, Gabinete de Direito Europeu, 1993

Laureano, Abel - «Dois Institutos da "Cooperação Judiciária em Matéria Penal" na União Europeia: Reconhecimento Mútuo de Decisões Penais e Harmonização de Legislações Penais», *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*, Vol 7, nº 7, Unibrasil, Jan /Jun de 2010

Nascimento, Luís António Noronha - «O Estatuto do Juíz Europeu ou o Estatuto Europeu do Juíz?», *Julgar*, Nº 25, Coimbra Editora S.A., Janeiro- Abril de 2015

Oliveira, Coordenadores Henrique Altemani de e Gilmar Masiero - «La Experiencia Alemana y la Reunificación Coreana; Una Visión Preliminar desde la Historia de Las Relaciones Internacionales y el Derecho Internacional Público», *Coreia do Sul, Visões Latino Americanas*, Juruá Editora, Coleção Relações Internacionais, 2010

Pinheiro, Luís de Lima - ««O Reconhecimento de Decisões Estrangeiras em Matéria Matrimonial e de Responsabilidade Paternal»», *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 66, Edição da Ordem dos Advogados, Setembro de 2006

Rangel, Paulo Castro - «Em Defesa da Constituição Europeia (Ensaio de Política Constitucional)», *Revista do CEJ*, Nº 3, Editora Centro de Estudos Judiciários, 2º Semestre de 2005

Rangel, Paulo Castro - «Estado Fraco, Tribunais Fortes: De Novo as Questões de Legitimidade e Função», *Revista Julgar*, Nº 3, Coimbra Editora S.A., Setembro- Dezembro de 2007

Sousa, João Henrique Gomes de - «Das Nulidades à "Fruit of The Poisonous Tree Doctrine" (Escutas telefónicas e efeito à distância)», *Revista da Ordem dos Advogados*, Separata da Revista da Ordem dos Advogados, Ano 66, II, Setembro de 2006

Tavares, André Ramos - «A Constituição é um Documento Valorativo?», *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, RBDC Nº 9, Jan/Jun. 2007

Tching, Maria Rosa Oliveira - «Juiz Nacional- Um Juiz Cada Vez Mais Europeu!», *Revista Julgar*, Nº14, Coimbra Editora S.A, Maio- Agosto de 2011

Vitorino, António - «O Espaço Europeu de Liberdade, Segurança e Justiça», *Janus, OBSERVARE — Observatório de Relações Exteriores* 2004

Watts, Ronald - «The Institutions of a Federal State, Federalism and Democracy as Fundamental Counterweighing Principles», *EUROREGIONS (The Territorial Distribution of Power in Europe VI)*, Volume 6, Cahier 1, Institute of Federalism Fribourg Switzerland, 1995/1996

Wyrwa, Tadeusz - «Le Mexique», *Comment ils Sont Gouvernés*, TOME XVII, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1969

Xavier, Luís Barreto - «O Título Executivo Europeu e o Princípio do Reconhecimento Mútuo», *Revista Europa Novas Fronteiras Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça*, Nº 16/17, Jul. 2004 /Jun. 2005

Teses

Águas, Niele de Carvalho Silva - *A Ideia Federal No Projecto do Tratado Que Estebelece Uma Constituição Para A Europa*, Relatório de Mestrado na Cadeira de Ciências Jurídico-Políticas, Regência Prof. Blanco de Moraes, Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, 2006

Barros, Manuel Freire - *Soberania e Federalismo*, Relatório de Mestrado na Disciplina de Direito Comunitário Institucional, Regência: Prof. Doutor Fausto de Quadros, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1994/1995

Cavalcanti, Flávia da Costa Lins - *Da Legitimidade da Jurisdição Constitucional Brasileira: Equilíbrio entre o Ativismo e a Autocontenção Judicial*, Relatório de Mestrado na Disciplina de Direito Constitucional, Prof. Doutor Luís Pedro Pereira Coutinho, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012

Cardoso, Eduardo de Proft - *Federalismo Financeiro e Descentralização: Aspectos Gerais*, Relatório de Mestrado na Disciplina de Direito Financeiro, Regência: Prof. Doutor António de Sousa Franco, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2004

Chumbinho, João Paulo da Cunha Rendeiro - *A Evolução da Actividade Interpretativa do Juiz da União Europeia e a Aplicação das Teses de Hart e de Dworkin*, Doutoramento em Direito na Área de Ciências Jurídico- Políticas, Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, 2010

Chumbinho, João Paulo da Cunha Rendeiro - *O Tratado de Lisboa e o Novo Sistema Jurisdicional da União Europeia*, Doutoramento em Direito na Área de Ciências Jurídico-Políticas, Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, 2010

Ferreira, Sheruanny Gomes - *Reenvio Prejudicial e o Sistema Jurisdicional da União Europeia*, Relatório de Mestrado na Área de Ciências Jurídico- Internacionais, Regência Prof. Dra. Ana Fernanda Neves, Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, 2009

Freitas, Lourenço Vilhena de - *O Modelo Jurídico- Institucional da União Europeia, Aproximação a um Modelo Pós-Confederal*, Relatório de Mestrado da Disciplina de Direito Comunitário Institucional, Regência: Prof. Doutor Fausto de Quadros, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Dezembro de 2000

Godinho, Sónia - *Federalismo e Constituição Europeia, Será a Constituição da UE uma Constituição Federal?*, Relatório de Mestrado no Âmbito do Seminário de Direito Institucional da UE, Regência: Prof. Doutora Ana Maria Guerra Martins, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2003/2004

Lima, Cristiane Helena de Paula - *Projectos Federais ao Longo da História da Integração da União Europeia*, Relatório de Mestrado em Direito na Área de Ciências Jurídico-

Internacionais, Prof. Dr. Fausto de Quadros, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Setembro de 2008

Lopes, Maria Alexandra - *O Federalismo e a Ordem Jurídica Comunitária*, Relatório de Mestrado do Curso de Aperfeiçoamento da Disciplina de Direito Comunitário Institucional, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1996

Oliveira, João Pedro Arsénio de - *Quo Vadis, União?*, *Uma Perspectiva sobre o futuro da União Europeia*, Relatório de Mestrado em Ciências Jurídico- Comunitárias, Regência Prof. Doutor Adriano Moreira, Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, 2001/2002

Régio, Teresa Margarida Martins - *A Soberania no Processo de Integração Europeia: Federalismo?*, Relatório de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2004/2005

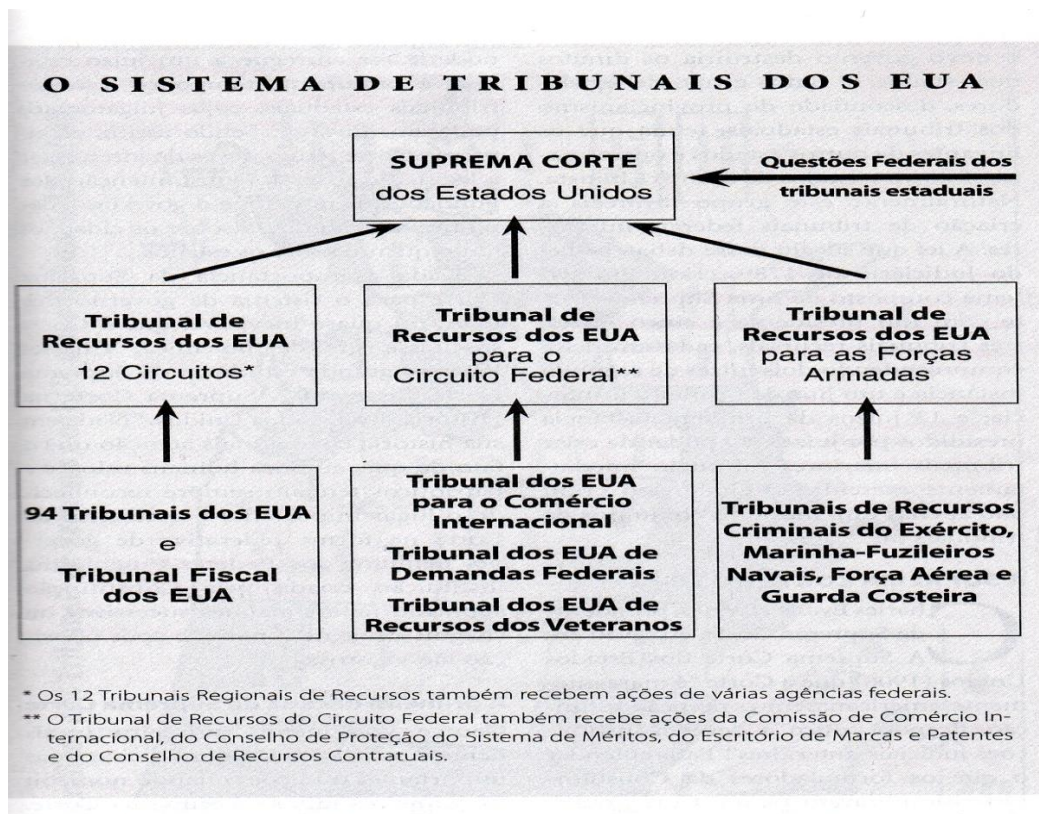
Rezende, Guilherme Fabiano Julien de - *A Experiência de Integração Americana e Europeia: Direito Institucional*, Relatório de Mestrado na Disciplina Direito de Integração II, Regência Prof. Doutora Maria José Rangel de Mesquita, Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, 2007/2008

Silva, Luis Filipe Melo e - *Federalismo ou Confederalismo no Tratado da União*, Relatório de Mestrado em Direito Comunitário, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1993

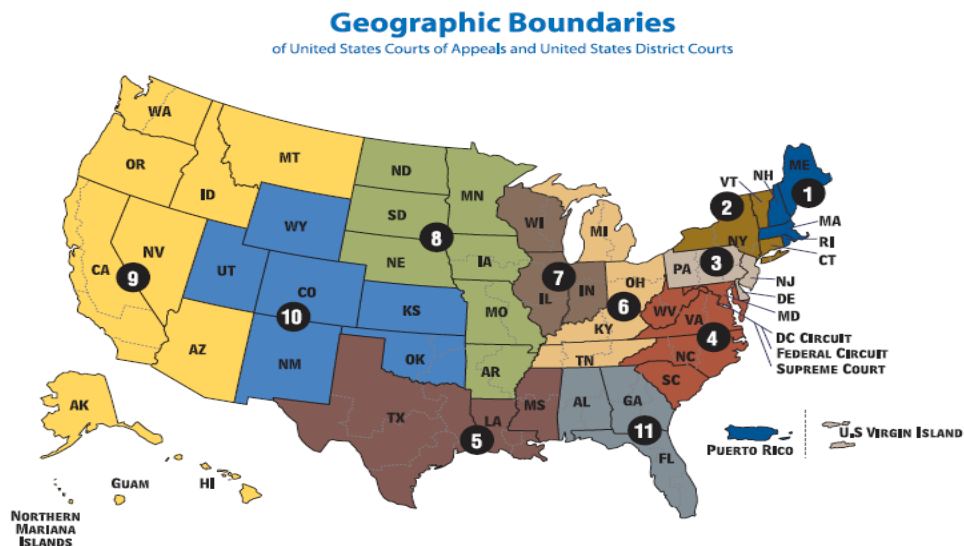
Silva, Maria Graciete da Silva Correia da Cunha Pinto e - *Subidiariedade e Federalismo na Europa de Maastricht*, Relatório de Mestrado em Ciências Jurídico-Comunitárias, Regência Prof. Doutor Paulo de Pitta e Cunha, Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, 1995

Tavares, José - *O Federalismo- Sua Caracterização, Contributo para o Estudo da Natureza da União Europeia e das Comunidades Europeias*, Relatório de Mestrado da Disciplina de Direito Comunitário Institucional, Regência: Prof. Doutor Fausto de Quadros, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1994/95

ANEXOS

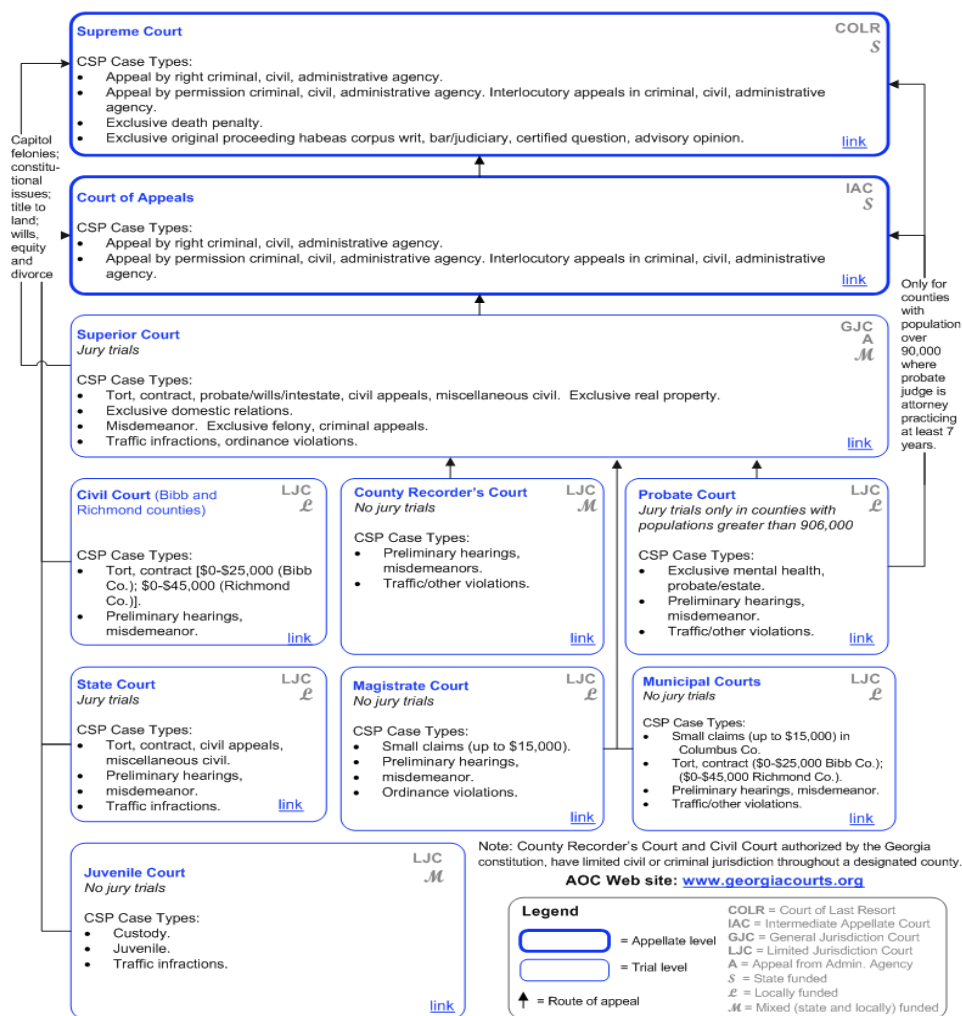


ANEXO 1 - Esquema Nº 1. Fonte ob. Cit. Departamento de Estado dos Estados Unidos da América, *Perfil do Sistema Judiciário dos EUA*, pág 21.



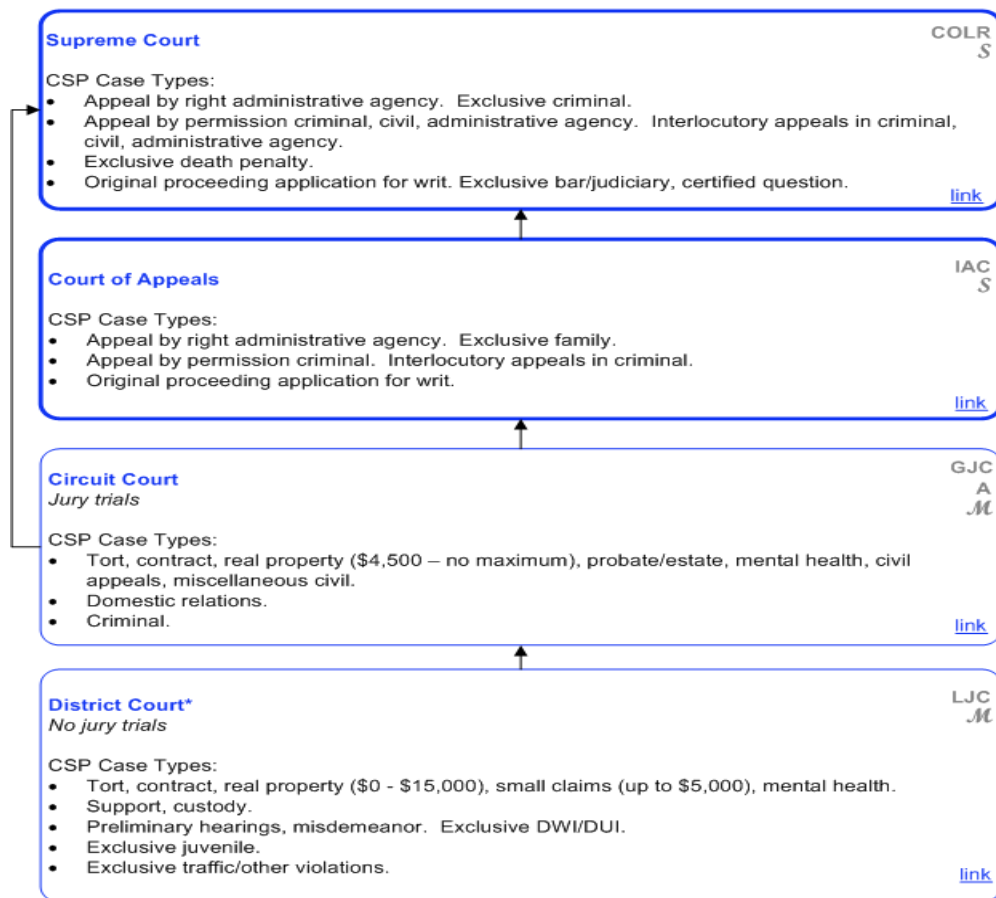
ANEXO 2- Mapa nº 1. Em United States Courts, U.S. Federal Courts Circuit Map, <http://www.uscourts.gov/about-federal-courts/court-role-and-structure>

Georgia



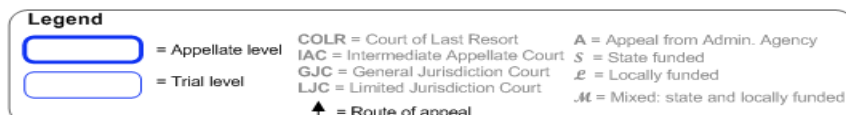
ANEXO 3- Esquema Nº 2. Fonte National Center for State Courts *site* http://www.courtstatistics.org/Other-Pages/State_Court_Structure_Charts/Georgia.aspx . Vide ainda Appendix A pág 87 de Ob. Cit. Daniel John Meador, *American Courts*.

Virginia

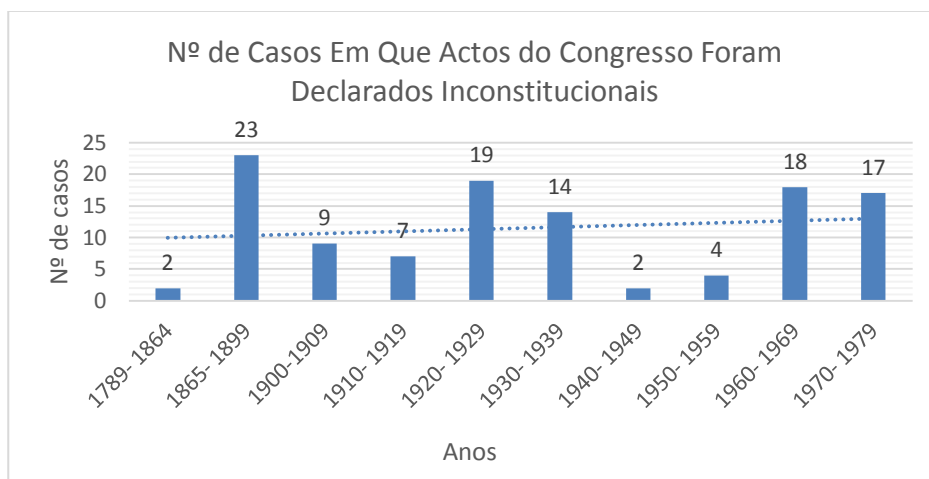


*The District Court is referred to as the Juvenile and Domestic Relations Court when hearing juvenile and domestic relations cases and as the General District Court for the balance of the cases.

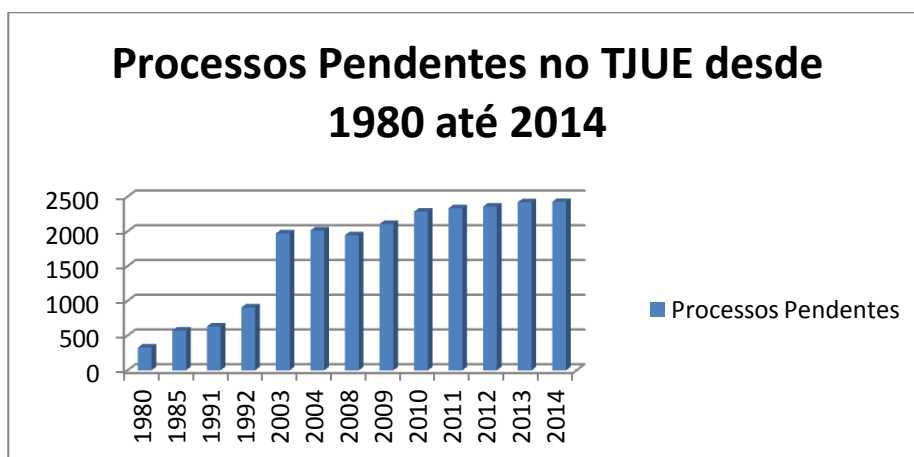
AOC Web site: www.courts.state.va.us



ANEXO 4- Esquema nº 3 Fonte o Site National Center for State Courts em http://www.courtstatistics.org/Other-Pages/State_Court_Structure_Charts/Virginia.aspx . Vide ainda Appendix A pág. 90 de Ob. Cit. Daniel John Meador, *American Courts*.



ANEXO 5 - Gráfico Nº 1. Baseado nos dados da tabela 13.2 da ob. Cit. pág 425 de William J. Keefe E Morris S. Ogul, *The American Legislative Process, Congress and the States*



ANEXO 6- Gráfico nº 2. Este gráfico resulta da compilação e soma de dados de vários documentos. Nomeadamente do Relatório Anual de 2012 do TJUE, respectivamente pág 23 e 95 de http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2013-04/192685_2012_6020_cdj_ra_2012_pt_proof_01.pdf . Do Relatório Anual de 2014 do TJUE, respectivamente pág 101, 190, 208, 235 de http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7032/ . Vide ainda Ob. Cit. de Hans Jung, «A Organização Jurisdicional Comunitária Ante o Futuro» pág 45 e 46. Por último o comunicado de Imprensa nº 14/05 do TJUE <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2009-02/cp050013pt.pdf>

ÍNDICE

OBSERVAÇÕES	1
INTRODUÇÃO	3
CAPÍTULO I - História Concisa do Federalismo	6
CAPÍTULO II - O Debate Federalista	8
CAPÍTULO III – Federalismo Americano	11
CAPÍTULO IV - Federalismo Judicial, O Polvo	14
CAPÍTULO V - Características do Sistema Judicial Americano	20
CAPÍTULO VI - O Precedente	28
CAPÍTULO VII - A Estrutura do Federalismo Judicial Americano	32
CAPÍTULO VIII - Responsabilização Democrática do Poder Judicial	38
CAPÍTULO IX - Unicidade do Poder Judicial Americano	54
CAPÍTULO X - “ <i>Supreme Court</i> ”	56
CAPÍTULO XI – “ <i>Supremacy Clause</i> ”, ou o Equivalente Americano do Primado do Direito Comunitário	64
CAPÍTULO XII - Controlo Sobre o Poder Executivo	75
CAPÍTULO XIII - Do Controlo do Poder Legislativo	85
CAPÍTULO XIV - Resumo das Principais Ideias do Federalismo Judicial Norte-Americano	94
CAPÍTULO XV - Federalismo Americano Um Exemplo a Seguir	96
CAPÍTULO XVI - Europa e a Ideia Federal do Séc XX	103
CAPÍTULO XVII - A Europa	108
CAPÍTULO XVIII - Do Federalismo Judicial Europeu	114
CAPÍTULO XIX - A Estrutura Judicial Europeia da Atualidade	117
CAPÍTULO XX - Sinais de um Federalismo Judicial Crescente	125
CAPÍTULO XXI - Dos Princípios	126
CAPÍTULO XXII - Resumo do Sistema Judicial Europeu	141

CAPÍTULO XXIII - Como Fortalecer o Federalismo Judicial Europeu, Algumas Soluções para o Futuro	142
CONCLUSÕES FINAIS	152
BIBLIOGRAFIA	157
ANEXOS	172